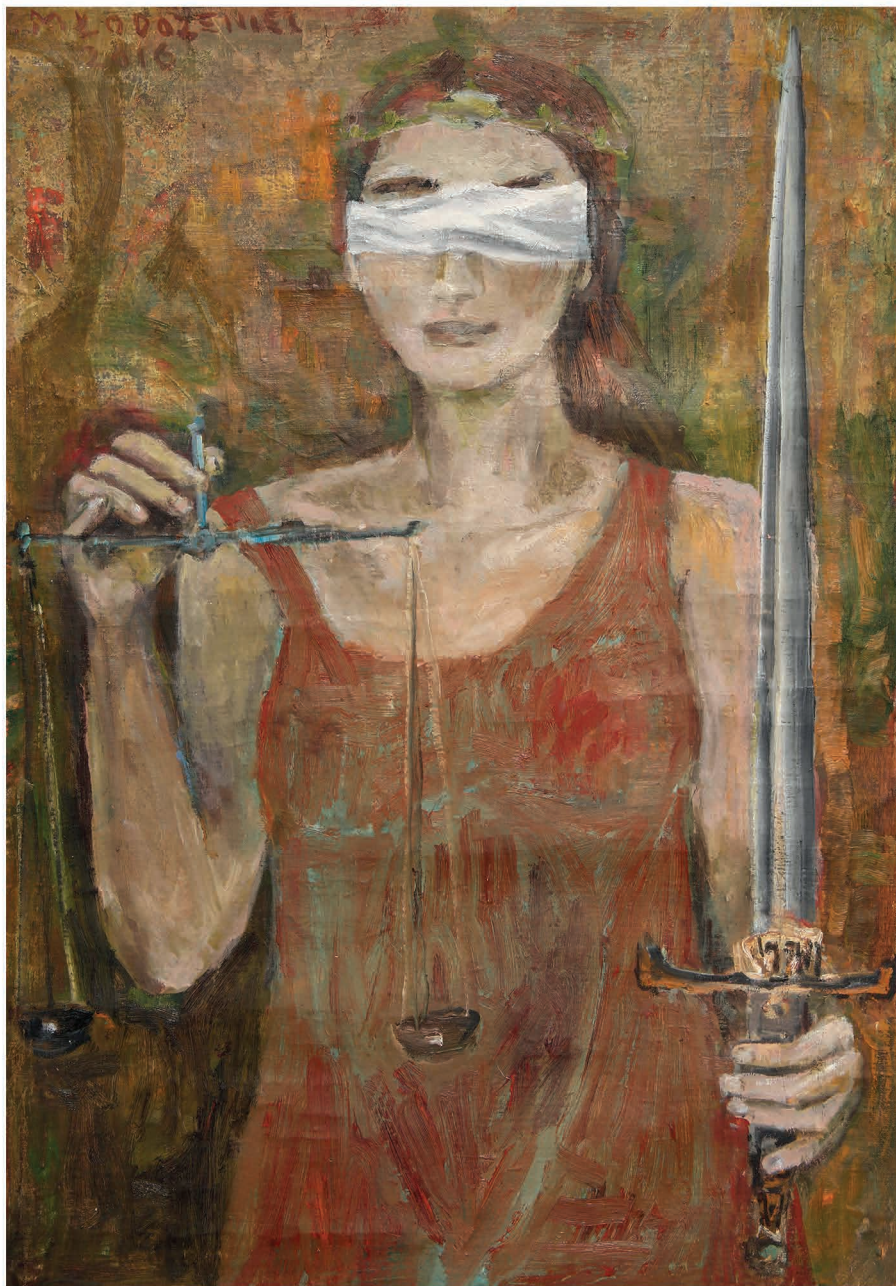


Sous la direction de Pierre Serrand et de Piotr Szwedo

L'INJUSTICIABILITÉ : émergence d'une notion ?

Etudes publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy



BIBLIOTEKA JAGIELLOŃSKA

L'injusticiabilité : émergence d'une notion ?

L'injusticiabilité : émergence d'une notion ?

Etudes publiées
en hommage au Professeur Jacques Leroy

Pierre Serrand, Piotr Szwedo (dir.)

Biblioteka Jagiellońska
Kraków

Copyright Université Jagellonne, Cracovie 2018

Direction:

Pierre Serrand, Piotr Szwedo

Composition typographique:

Maciej Kielbas

Projet de couverture:

Katarzyna Szczepaniec

Sur la couverture: *Temida* par Stanisław Młodożeniec, peinture à l'huile sur toile, 95 × 67 cm.

Source: <https://www.touchofart.eu/Stanislaw-Mlodozeniec/sml32-Temida/>

Parution de l'ouvrage financé par la Faculté de droit et de l'administration de l'Université Jagellonne.

ISBN: 978-83-949716-0-1

Impression: Studio Drukarnia, Cracovie, Pologne



Remise de la Croix d'Officier de l'Ordre du Mérite de la République de Pologne à professeur Jacques LEROY, Cracovie le 24 novembre 2016

Sommaire

Piotr Szwedo et Pierre Serrand	
Introduction	9
Jean-Pierre Marguénaud	
Le roi des juristes conteurs	15
François Priet	
Protection des sites et urbanisation : compatibilité ou phagocytose ?	
En hommage à Jacques Leroy	19
Tadeusz Włudyka	
Quelques souvenirs !	35
Krzysztof Wojtyczek	
Jacques Leroy, grand ami de la Pologne	37
Christine Mengès-Le Pape	
« Injusticiable et injusticiabilité : histoire des mots et de leurs applications »	41
Wojciech Zagorski	
L'injusticiabilité et la nature de l'argument juridique.	
Réflexions autour de la crise constitutionnelle polonaise.	51
Pierre Serrand	
Les explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement : contribution à une typologie des injusticiabilités.	63

Maxime Charité	
L'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel devant le juge administratif	77
Tristan Pouthier	
L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison : essai d'interprétation historique	95
Martin Collet	
Injusticiabilité et droit fiscal : le cas des rescrits	127
Vanessa Barbé	
Les évadés fiscaux sont-ils justiciables ?	135
Cédric Guillerminet	
L'impossible mise en jeu de la responsabilité des acteurs de la dépense publique : un exemple d'injusticiabilité en droit budgétaire	153
Carine Laurent-Boutot	
L'injusticiabilité des droits sociaux consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'homme	175
Sébastien Pellé	
Équité et droit pénal : l'impossible justice ?	191
Stéphanie Mauclair	
Injusticiabilité, inconditionnalité et droit d'agir en justice	209
Sandie Lacroix-De Sousa	
Le devoir de secret du banquier : source d'injusticiabilité en droit bancaire ?	221
Dariusz Piatek	
L'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur	235
Agnieszka Chudyba	
L'injusticiabilité des opinions d' <i>amici curiae</i> en contentieux civil polonais	251
Pierre-François Laval	
Le différend injusticiable dans la pratique de la Cour internationale de Justice	265
Piotr Szwedo	
Injusticiabilité et développement durable – <i>ignotum per ignotius</i> en droit international ?	275
Ermanno Calzolaio	
Le refus de renvoi préjudiciel obligatoire : un cas d'injusticiabilité ?	287

Introduction

Pierre Serrand et Piotr Szwedo

L'injusticiabilité correspond à une situation : *l'impossibilité pour un requérant d'obtenir justice, c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige, de telle manière que le litige n'est pas jugé*. Elle est le contraire de la justiciabilité, qui est un terme plus souvent utilisé. En ce sens, la notion d'injusticiabilité permet de saisir, en dépit de leur diversité, l'ensemble des hypothèses correspondant aux angles morts du droit et de la justice.

Les causes de l'injusticiabilité sont nombreuses. Le juge peut être incompétent pour connaître du litige. La requête peut être irrecevable. La norme mobilisée au soutien de la demande peut ne pas être invocable... On peut ainsi distinguer, comme nous l'avions déjà proposé¹, des injusticiabilités externes et internes.

Dans le premier cas, l'impossibilité d'obtenir justice s'explique pour des raisons étrangères au litige lui-même. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le recours au juge est irrecevable. C'est le cas, devant le juge administratif français, lorsque, à propos du contentieux des décisions, l'acte attaqué l'a été hors délai ou que le requérant ne dispose pas d'un intérêt lui donnant qualité à agir. C'est

¹ La diversité des injusticiabilités en droit public français, *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, Mare et Martin, 2014, p. 105 et s.

également le cas, devant le même juge, mais à propos du contentieux pécuniaire, lorsque le requérant demande directement au juge de condamner l'Administration au versement d'une somme d'argent sans avoir préalablement effectué cette demande à l'Administration en provoquant de cette dernière une décision.

Dans le second cas, l'impossibilité ou la difficulté d'obtenir justice s'explique en raison de la nature du litige lui-même. Il en va ainsi dans les cas de *non liquet*, c'est-à-dire d'obscurité du droit ou de lacunes juridiques, comme l'illustre la jurisprudence internationale². Il en va de même – cette fois en droit interne –, si le requérant conteste une décision d'une autorité administrative en invoquant devant le juge administratif un moyen d'opportunité. Le Conseil d'État considère ainsi « qu'il n'appartient pas au juge de l'excès de pouvoir de contrôler l'appréciation faite par un jury de la valeur des candidats » (CE, 28 novembre 2013, *M. B.*, n° 360409) ; il s'agit en effet d'une appréciation d'opportunité ne pouvant être discutée devant le juge administratif de la légalité et, dès lors, d'une appréciation injusticiable.

Les sources de l'injusticiabilité sont également diverses.

L'injusticiabilité peut d'abord être expressément prévue par la règle de droit³. Elle manifeste alors la volonté des pouvoirs publics de ne pas permettre une contestation juridictionnelle. L'article L. 600-1 du code de l'urbanisme limite par exemple la possibilité d'utiliser l'exception d'illégalité. Cet article prévoit en effet que l'illégalité pour vice de forme ou de procédure d'un document d'urbanisme « ne peut être invoquée par voie d'exception, après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la prise d'effet du document en cause ». Cela signifie qu'à l'appui d'un recours dirigé contre une autorisation d'urbanisme prise sur le fondement d'un document d'urbanisme, le requérant ne peut pas invoquer un moyen tiré d'un vice de forme ou d'un vice de procédure entachant ledit document. De tels documents sont, dès lors qu'ils sont contestés par voie d'exception et sur de tels fondements, injusticiables⁴.

2 V. p. ex. Cour internationale de justice, avis consultatif, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, *Recueil* 1996 ; Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail, Desgranges contre Organisation internationale du travail, *International Law Reports*, vol. 20.

3 Il ne semble pas possible de considérer que, si une règle de droit interdit l'accès au juge, il n'y a pas injusticiabilité. En effet, il suffit alors de croire au caractère complet de l'ordre juridique (ce que pensent de bons auteurs) pour considérer alors que toutes les injusticiabilités sont prévues par l'ordre juridique ; par conséquent, il n'y a plus d'injusticiabilités et donc plus de sujet. Notre réflexion consisterait alors à se demander si un ordre juridique est complet ou lacunaire.

4 L'objectif du législateur est ici de renforcer la stabilité des documents d'urbanisme en interdisant, dans des conditions dérogatoires aux règles habituelles, leur contestation de cette manière.

L'injusticiabilité peut ensuite être la conséquence de l'application des règles juridiques. C'est le cas, par exemple, de l'injusticiabilité dont bénéficient les auteurs d'infractions pénales prescrites, les évadés fiscaux, les ordonnateurs et les comptables. Il en va de même de l'injusticiabilité des actes de gouvernement lorsque l'on adopte une explication juridique à l'incompétence du juge administratif, une partie de la doctrine estimant en effet que l'acte de gouvernement n'est pas un acte administratif. Dans les situations de ce type, l'injusticiabilité est comparable au concept de *lex imperfecta*, décrite dans le droit romain par Ulpianus⁵. Il est alors possible de penser que nous sommes dans des situations qui sont prohibées par les lois, sans que le droit tire la moindre conséquence de cette prohibition.

L'injusticiabilité peut enfin résulter de la volonté du juge. Cela apparaît le plus nettement lorsque le juge aurait pu prendre, de manière tout aussi convaincante, une décision inverse (affirmant la justiciabilité) de celle qu'il a prise (consacrant l'injusticiabilité). Il en va ainsi, comme l'illustre l'arrêt *Brouant* (CE, Ass., 25 octobre 2002, n° 235600 ; *RFDA*, 2003, p. 1, concl. contraires G. Goulard), à propos des actes se rattachant à l'office du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État affirmant en l'espèce son incompétence, alors que son rapporteur public lui proposait, non seulement de se reconnaître compétent, mais aussi de prononcer l'annulation de l'acte attaqué. Il en va de même pour les actes de gouvernement lorsque l'on adopte une explication politique de leur injusticiabilité : si l'on peut soutenir que la jurisprudence relative aux actes de gouvernement traduit le refus du juge d'intervenir dans ces domaines sensibles qui sont ceux de la politique, on peut également estimer qu'une plus grande hardiesse du juge pourrait provoquer leur justiciabilité. Il en va encore de même à propos de l'injusticiabilité des questions d'opportunité devant le juge administratif de la légalité, ce dernier n'hésitant pas à transformer une question d'opportunité en question de légalité, alors même que les textes applicables au litige demeurent identiques. C'est ainsi qu'à propos du choix d'une sanction disciplinaire, le juge administratif français s'est d'abord refusé à apprécier le degré de gravité d'une sanction par rapport à la faute commise, car il ne s'estimait pas « juge de l'opportunité des mesures disciplinaires » (CE, 20 janvier 1932, *Demoiselle Merlet*, *Rec.*, p. 70). Il n'appartenait alors pas « au Conseil d'État

⁵ « *Imperfecta lex est, que uetat aliquid fieri, et si factum sit, nec rescindit, nec poenam inungit ei qui contra legem fecit* », *Ulpiani Liber Singulis Regularum*, éd. P. Krueger, Berolini 1878, p. 5.

statuant au contentieux d'apprécier si l'importance de la sanction prise par l'autorité administrative est en rapport avec les faits qui l'ont provoquée » (CE, 16 juillet 1947, *Sieur Bensmaïn Ghalem Ben Hadj, Rec.*, p. 319). Désormais, le Conseil d'État considère qu'il appartient au juge administratif « de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes » (CE, Ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704). C'est ainsi que la question de savoir si une sanction prononcée est adaptée à la faute commise, anciennement d'opportunité et injusticiable, est désormais de légalité et justiciable.

Dans tous les cas, l'absence de jugement peut s'expliquer, soit parce que le juge ne peut pas juger, soit parce que le juge ne veut pas juger. Le juge ne peut pas juger lorsqu'il doit, par exemple, respecter le secret bancaire, ou lorsque ses pouvoirs sont insuffisants comme le laisse transparaître le contentieux des droits sociaux. Mais il arrive aussi parfois que le juge ne veut pas juger comme l'illustre l'absence de contentieux, devant le juge administratif français, des mesures d'ordre intérieur ou des actes se rattachant à l'office du Conseil constitutionnel.

Le champ d'application des injusticiabilités est également variable en ce qu'elles peuvent concerner les actes ou les hommes. D'un côté, les actes de gouvernement et les mesures d'ordre intérieur sont ainsi des actes injusticiables. De l'autre côté, les auteurs d'infractions pénales prescrites, les évadés fiscaux, les ordonnateurs et les comptables sont également injusticiables.

Du point de vue de leurs modalités, les injusticiabilités peuvent être subjectives ou objectives. Elles sont subjectives lorsqu'elles concernent un droit subjectif, comme l'illustre le contentieux des droits sociaux. Elles sont objectives lorsqu'elles concernent le droit objectif, c'est-à-dire la règle de droit. Le juge administratif ne contrôle pas, par exemple, la constitutionnalité *a posteriori* des traités internationaux. Le Conseil d'État considère en effet que, si « les traités ou accords relevant de l'article 53 de la Constitution et dont la ratification ou l'approbation est intervenue sans avoir été autorisée par la loi ne peuvent être regardés comme régulièrement ratifiés ou approuvés », et s'il « appartient au Conseil d'État, statuant au contentieux, en cas de recours pour excès de pouvoir contre un décret publiant un traité ou un accord, de connaître de moyens tirés, d'une part, de vices propres à ce décret, d'autre part, de ce qu'en vertu de l'article 53 de la Constitution, la ratification ou l'approbation de l'engagement

international en cause aurait dû être autorisée par la loi » ; « en revanche, il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux de se prononcer sur la conformité du traité ou de l'accord à la Constitution » (CE, Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n° 327663). La question de savoir, lors de l'application d'un engagement international, si cet engagement est conforme à la Constitution est donc injusticiable.

Enfin, les injusticiabilités apparaissent spontanément défavorables au justiciable puisque par hypothèse on se trouve en présence d'un demandeur qui ne peut pas obtenir d'un juge le règlement de son litige. Il en va ainsi de l'injusticiabilité des droits sociaux ou de l'injusticiabilité des actes se rattachant à l'office du Conseil constitutionnel. Mais les injusticiabilités peuvent aussi lui être favorables. L'injusticiabilité des rescrits fiscaux est ainsi favorable au contribuable. L'injusticiabilité des auteurs d'infractions prescrites leur est également favorable. L'injusticiabilité des évadés fiscaux ne peut évidemment que leur profiter.

Les travaux ici présentés sont publiés en hommage au professeur Jacques Leroy, que nous sommes très heureux d'honorer ici. Cela explique pourquoi, avant les contributions relatives à l'injusticiabilité, le lecteur trouvera quatre contributions plus personnelles concernant notre ami. Elles aussi sont franco-polonaises. Cela ne doit pas surprendre. Le professeur Leroy s'est en effet, pendant plus de quinze ans, pleinement investi dans la coopération entre les universités Jagellonne de Cracovie et d'Orléans. Il a dirigé l'École de droit français, qui propose aux étudiants polonais francophones les principaux enseignements dispensés, en France, dans les facultés de droit lors des deux premières années de licence. Il a également dirigé le Master II de droit des affaires français et international de l'université d'Orléans, qui est délocalisé à Cracovie. De très nombreux étudiants ont suivi ses enseignements. Cinq des contributeurs à cette publication sont issus de cette collaboration, dont l'un des auteurs de ces lignes. Quant à l'autre auteur de ces lignes, il reprendra la charge, pour la partie française, de cette coopération. C'est donc avec plaisir que nous offrons ce travail au professeur Jacques Leroy en l'assurant de nos très fidèles amitiés.

Le roi des juristes conteurs

Jean-Pierre Marguénaud

Sur la rive droite de la Loire, quelque part entre Gien et Orléans, se trouve la petite ville de Saint Denis de l'Hôtel à laquelle est attaché le nom de Maurice Genevois. Juste en face, de l'autre côté du pont, et par conséquent sur la rive gauche, se trouve une autre ville deux fois moins petite qui est gravée dans les mémoires grâce à une bataille que Jeanne d'Arc eut la présence d'esprit d'y remporter : Jargeau. C'est là que, lassé des mornes plaines betteravières qui l'ont vu grandir, s'est installé il y a quelques décennies un grand admirateur de l'auteur de Raboliot : Jacques Leroy. En décidant de vivre dix mètres au Sud de la Loire, il s'était considérablement rapproché d'un autre écrivain qui figure en bonne place dans son panthéon personnel : Jean Giono, souvent présenté comme « le romancier-conteur magnifique ».

Jacques Leroy n'est pas romancier, du moins pour le moment, mais il est lui aussi un conteur exceptionnel. Il l'est comme homme privé, suivant le témoignage de quelques privilégiés qu'il a entraînés plus d'une fois dans la captivante histoire du « cow-boy du Texas » toujours enrichie à chaque nouvelle édition de détails encore plus savoureux. Il l'est surtout en tant que juriste professant le droit pénal et la procédure pénale comme pourraient en attester des centaines d'étudiants. C'est ainsi qu'il a entrepris, il y a quelques années, de faire comprendre les réformes de notre procédure criminelle réalisées, avortées

ou repoussées, à partir des affaires Dominici, Marie Besnard, Seznec, Omar Raddad, Bettencourt, sans oublier celles de Bruay en Artois, d'Outreau ou de Lépanges sur Vologne, qui les ont directement inspirées.

De nombreuses raisons sont à l'origine de cette passion du droit conté, de manière à démentir inlassablement Flaubert pour qui le beuglement des bœufs était plus mélodieux que les cours des professeurs de droit. L'une d'entre elles tient peut-être aux conditions dans lesquelles Jacques Leroy aurait préparé l'Agrégation de Droit privé et de Sciences criminelles. Selon la légende, il s'était trouvé tellement isolé dans une Faculté principalement composée, à l'époque, d'enseignants pressés de revenir veiller sur leurs intérêts parisiens aussitôt leur cours terminés qu'il en aurait été réduit à la nécessité de faire des leçons d'entraînement en tête-à-tête avec un magnétophone. On comprend mieux, dès lors que, face à un vrai public, il ait cherché à établir, grâce à ses talents de conteur, une complicité et une convivialité qui lui avaient sûrement manqué pendant sa campagne d'essais pédagogiques. C'est peut-être parce qu'il n'avait pas encore osé conter le droit que sa première tentative agrégative fut marquée par un grave accident de leçon en 24 heures. Accident providentiel néanmoins car il devait lui offrir la chance, saisie à pleines dents, d'être un des rares agrégés du mémorable « concours Malaurie » qui, à l'automne 1993, allait lui valoir un poste à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges. Depuis pratiquement 25 ans, il n'a jamais cessé d'y enseigner alors que, au bout de 3 ans, l'immense majorité des agrégés coupe définitivement les ponts avec la première Faculté qui ait eu l'honneur d'abriter leur dignité professorale. Jacques Leroy n'appartient pas à ce monde là : grâce au maître conteur dont il s'inspire, il sait où se trouvent les « vraies richesses » et privilégie toujours la fidélité aux stratégies de carrière. Si, à Limoges et ailleurs, il est si unanimement apprécié depuis si longtemps, c'est parce que sa rigueur débonnaire rassure tout le monde, surtout dans les moments de fortes tensions qui se vivent au sein de houleux comités de sélection chargés des recrutements de nouveaux collègues. Cependant, à l'exemple du héros incarné par John Wayne, l'homme tranquille aurait pu être boxeur dans une autre vie. C'est ce dont quelques collègues ont probablement eu l'occasion de se rendre compte quand, à Orléans, ils ont eu maille à partir avec le Doyen Jacques Leroy...

Vu d'ailleurs, il n'est pas possible de porter une appréciation sur son action décanale. Aux yeux de tous, il en restera assurément une œuvre maîtresse qu'il continue à développer passionnément au prix de périlleux déplacements

aériens : la création de l'École de droit français de l'Université Jagellonne de Cracovie qui lui a valu en 2016 la Croix d'officier de l'ordre du mérite de la République de Pologne, pays d'un autre conteur hors du commun, Andrzej Wajda.

Ce n'est pas grâce à ses manuels de droit pénal général et de procédure pénale, dont les nombreuses rééditions l'ont obligé à sacrifier au fil des ans des semaines et des semaines de relâche estivale pourtant bien méritées, que Jacques Leroy a pu le mieux déployer ses qualités de conteur en tant qu'auteur. C'est la découverte du droit animalier qui lui en a donné l'occasion.

Cette rencontre était tellement improbable qu'elle mérite d'être contée. Rien ne prédisposait Jacques Leroy à prendre au sérieux la protection juridique des animaux. Sa thèse, consacrée à « la constitution de partie civile à fins vindicatives », n'y faisait pas précisément obstacle, mais l'influence de son directeur de thèse François Chabas s'y opposait absolument. Une lente conversion a pourtant fini par s'opérer. Il se murmure, dans les milieux bien informés, que son épouse Claudine n'y serait pas tout à fait étrangère. Toujours est-il que, après un implacable réquisitoire dressé contre la corrida à l'occasion d'un colloque organisé à Limoges en 2005, le conteur de Jargeau s'est retrouvé, en 2009, membre du trio fondateur de la Revue semestrielle de droit animalier dont il est, depuis l'origine, l'un des rédacteurs en chef, puis, en 2016, coauteur d'un ouvrage intitulé « Le droit animalier » publié au PUF, qui jette les bases de la création d'une nouvelle discipline juridique autonome. Un des textes fondateurs de cette autonomie est d'ailleurs l'article intitulé « Brèves réflexions sur l'usage de l'expression – être sensible – appliquée à l'animal » que Jacques Leroy a publié dans le numéro 2/2011 de la Revue semestrielle de droit animalier pour poser directement la question de savoir si, au prix d'une facétie linguistique, le législateur n'a pas d'ores et déjà procédé à la reconnaissance de la personnalité juridique des animaux en utilisant à dessein l'expression « être sensible » à propos de l'animal. Or, pour introduire cette contribution majeure, l'homme tranquille du droit animalier, a malicieusement exploité la nouvelle de Paul Morand intitulée « un chat nommé Gaston, variante du célèbre conte de Charles Perrault, le chat botté ». Tout est là et c'est tout lui.

Pour pouvoir l'affirmer aussi catégoriquement, il faut avoir eu le bonheur de l'accompagner pendant les 1102, 5 kilomètres, c'est à dire la distance qui sépare Hendaye de Dunkerque, qu'il a héroïquement parcourus à pied le long des rivières du Périgord, de l'Auvergne, du Limousin, du Nivernais, de l'Alsace,

des Vosges, de la Bretagne, des Pyrénées, de la Normandie, du Piémont et du pays de Giono... Il faut avoir eu la chance d'avoir vu, à l'une de ces pédestres occasions, deux ânes de rencontre le suivre pendant plusieurs kilomètres parce que ses contes les avaient enchantés...

Protection des sites et urbanisation : compatibilité ou phagocytose ? En hommage à Jacques Leroy

François Priet, Professeur à l'Ecole de droit d'Orléans,
Centre de recherche juridique Pothier

Si le présent ouvrage rassemble en hommage à Jacques Leroy les communications présentées lors des quatrièmes journées juridiques franco-polonaises, il nous a paru inconcevable de ne pas contribuer à notre manière à cet hommage. L'urbanisme n'est pas étranger aux préoccupations du pénaliste qu'est notre ami, et l'on se souvient du plaidoyer vigoureux qu'il avait présenté pour montrer que les mesures dites de restitution susceptibles d'être prononcées par le juge pénal en vue du rétablissement des lieux dans leur état antérieur, à la suite de la commission d'un délit d'urbanisme, pouvaient et devaient être assimilées à des sanctions pénales. Derrière cette question théorique, c'est toute l'efficacité réelle de la protection de l'espace attachée à la règle de droit qui est en cause. Dans les lignes qui suivent, nous souhaiterions montrer comment le régime plus que centenaire de la protection des sites doit répondre aux défis que le développement économique lato sensu impose aux espaces protégés.

La réalisation de travaux, d'ouvrages et d'installations dans les espaces protégés au titre du code du patrimoine ou du code de l'environnement reste une question sensible. En témoigne la réforme du régime des abords autour des monuments historiques classés ou inscrits, issue de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, réforme

qui tente une nouvelle fois de créer les conditions d'un certain équilibre entre les protecteurs du patrimoine, les constructeurs et les élus locaux¹.

Le régime plus que centenaire des sites² fait peut-être un peu moins parler de lui. Pourtant la loi dite Biodiversité promulguée quelques jours plus tard le 8 août 2016 adopte une mesure de grande ampleur concernant la politique des sites inscrits³. Le législateur considère en effet que les insuffisances de la protection attachée à cette catégorie de site appellent une réorganisation d'ensemble, en distinguant trois situations selon que les sites inscrits doivent basculer dans la catégorie des sites classés ou faire l'objet d'une procédure de protection au titre du code du patrimoine ; selon qu'il doit être mis fin à leur inscription ; ou enfin selon qu'ils doivent continuer à figurer sur la liste des sites inscrits. Autrement dit, l'inscription a vocation à devenir résiduelle, au profit d'autres procédures de protection patrimoniale, ou de la procédure de classement. Tout en lui donnant sa juste place par rapport à d'autres procédures, le législateur renouvelle sa confiance dans la procédure de classement, dès lors qu'une réflexion menée préalablement par l'administration aura permis d'identifier les sites inscrits qui méritent de bénéficier de la procédure plus lourde et plus contraignante du classement. Toutefois cette dernière procédure présente-t-elle les garanties pour la protection du patrimoine que la loi lui attribue ? Presque au même moment, les hasards du prétoire ont mis en évidence les tensions qui pèsent sur des sites bénéficiant d'un classement. La très médiatique affaire de l'extension du stade de tennis Roland-Garros, qui affecte directement une partie du site classé du Bois de Boulogne⁴, a conduit le Conseil d'État à rejeter la demande de suspension du permis de construire obtenu par la Fédération française de tennis, demande qui avait été présentée par la Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France devant le juge des référés du tribunal administratif de Paris.

L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 3 octobre 2016 n'est à la vérité guère surprenant. Mais il conforte, après d'autres décisions, le mode de raisonnement

1 M. Cornu, « La loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine et les collectivités locales », *BJCL*, 1/2017, p. 2 ; J.-Ph. Meng et G. Daudré, « Loi relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine : de quelques dispositions intéressant le notariat », *Defrénois*, 15 décembre 2016, n° 23, p. 1244 ; P. Planchet, « La rénovation du cadre de la protection patrimoniale : une réforme sous le signe du compromis », *RD imm.*, 2017, p. 59 ; L. Touzeau-Mouflard, « Les travaux sur les immeubles protégés après la loi du 7 juillet 2016 », *RD imm.*, 2017, p. 64.

2 Le premier régime est issu de la loi du 21 avril 1906, qui tenait en six articles.

3 L. n° 2016-1087, 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, art. 168 I.

4 Classement par arrêté du 23 septembre 1957.

qui doit être celui de l'administration quand elle instruit les demandes d'autorisation concernant des travaux à exécuter dans les sites classés. Ce mode de raisonnement, soigneusement élaboré par le Conseil d'État, répond à la volonté de la Haute assemblée de suppléer le laconisme de la loi dans un contexte économique et technique profondément différent de celui dans lequel a été conçue la loi du 2 mai 1930. C'est en effet un texte qui n'avait guère évolué depuis cette date qui a été codifié par l'ordonnance du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement ; quant aux modifications introduites par la loi Biodiversité concernant la procédure de classement, elles n'altèrent pas la philosophie originale de la loi. La servitude d'utilité publique grevant les terrains en tant que site classé repose sur un régime générant une protection atténuée (I). A l'heure où, comme le législateur le reconnaît lui-même, les procédures de protection se sont aujourd'hui multipliées, la situation peut sembler paradoxale. Si la procédure de classement mérite d'être conservée, cela rend nécessaires quelques amendements (II).

I. Un régime à demi-protecteur

Le classement d'un site a pour objet d'en conserver l'intégrité, sous la réserve d'une « autorisation spéciale » délivrée par l'administration. Le sens donné à cette « autorisation spéciale » est loin d'être univoque et celle-ci ne garantit pas par elle-même la protection du site (A). De plus les rapports entre la législation de l'urbanisme et celle de l'environnement ne sont pas sans heurts, au détriment parfois de la protection (B).

A. SIGNIFICATION ET ENJEUX DE L'AUTORISATION SPÉCIALE

Le principe d'une autorisation spéciale est né avec la législation sur les sites. L'article 3 de la loi du 21 avril 1906 disposait déjà : « Les propriétaires des immeubles désignés par la commission seront invités à prendre l'engagement de ne détruire ni modifier l'état des lieux ou leur aspect, sauf autorisation spéciale de la commission et approbation du ministre de l'instruction publique et des beaux-arts ». La loi du 2 mai 1930 (art. 12) adopte une formulation plus simple mais le principe est le même. L'art. L. 341-10 C. env. aujourd'hui applicable

dispose que « les monuments naturels ou les sites classés ne peuvent ni être détruits ni être modifiés dans leur état ou leur aspect sauf autorisation spéciale ». Certes la formule est assez curieusement rédigée puisqu'elle pourrait donner l'impression qu'il suffirait d'obtenir l'autorisation de l'administration pour pouvoir détruire ou modifier un site, ce qui serait en réalité un non-sens. Mais que signifie-t-elle exactement ?

Il n'est pas inutile de rappeler que le projet de loi qui allait devenir la loi du 21 avril 1906 ne prévoyait pas l'existence de cette autorisation. C'est le Sénat qui l'a introduite en cours de discussion parlementaire, pour des raisons explicitées dans le rapport du sénateur Maurice Faure : « Interprété à la lettre, l'art. 3 n'eût permis aucune modification, même réalisable sans nuire à la beauté des paysages ou des monuments, même désirable pour l'embellissement du site, et cette interdiction draconienne serait vraisemblablement de nature à faire hésiter des propriétaires bien intentionnés à consentir à un classement qui les priverait à perpétuité de tout moyen légal d'apporter le moindre changement à leur domaine. La possibilité pour la commission d'autoriser, en certains cas, avec l'approbation ministérielle, les possesseurs des propriétés classées à effectuer telle ou telle modification admissible, nous a paru devoir être instituée dans l'intérêt évident de l'application de la loi »⁵. En d'autres termes, ce mécanisme doit permettre d'autoriser les évolutions que la gestion du site rendrait nécessaires, mais dans cette mesure, et cette mesure seulement. Dans cet esprit, l'autorisation spéciale ne devrait pouvoir être accordée que dans des cas si ce n'est exceptionnels, du moins assez étroitement circonscrits.

Près d'un siècle après, la doctrine administrative n'est guère éloignée de cette interprétation. Dans une circulaire du 30 octobre 2000, la ministre de l'environnement de l'époque écrit en effet à l'attention des préfets : « l'autorisation spéciale de travaux demeure en principe l'exception, et cela quelle que soit l'importance de l'intervention projetée. Le principe de la protection des sites classés est en effet la stricte préservation des caractères et des qualités qui ont justifié leur classement »⁶. De son côté, analysant l'économie générale du système, le commissaire du gouvernement Bruno Genevois avait considéré que « dans l'esprit du législateur, les autorisations données par le ministre respon-

⁵ *Sirey*, 1907, lois annotées, p. 375.

⁶ Circulaire DNP/SP 2000-1, 30 octobre 2000 relative aux orientations pour la politique des sites, *BO Environnement*, n° 10, 25 janvier 2001.

sable doivent respecter le caractère du site à protéger, et même contribuer à son embellissement »⁷.

Cette vision rigoureuse n'est pas tout à fait partagée par le juge, qu'il s'agisse du juge administratif, ou du juge constitutionnel. Dès 1999, le Conseil d'État avait affirmé qu'il résultait des dispositions de l'article 12 de la loi du 2 mai 1930 (actuel art. L. 341-10) que « le classement d'un site n'a ni pour objet ni pour effet d'instituer une inconstructibilité ni d'interdire toute activité économique dans le périmètre de classement, mais seulement de soumettre à autorisation tout aménagement susceptible de modifier l'état des lieux »⁸, et c'est cette formulation que, à peu de choses près, le Conseil d'État a reprise dans sa décision du 3 octobre 2016⁹. Dans ses conclusions dans cette affaire, le rapporteur public Xavier Domino développe une lecture assez constructive de la loi en affirmant : « ce n'est pas l'esprit de la législation, qui n'est pas de figer à tout jamais le site mais de le protéger en veillant, par le contrôle du ministre, à ce que les évolutions qui lui sont apportées soient acceptables. La loi de 1930 n'est pas une loi qui fige l'existant de façon absolue ; elle permet des respirations et des évolutions du site ». C'est cette interprétation que retient également le Conseil constitutionnel¹⁰.

Ce qui se présente comme un glissement de sens est la conséquence du laconisme de la loi qui, tout en attribuant compétence à l'administration pour accorder une autorisation spéciale, ne dit rigoureusement rien sur le contenu des pouvoirs qui peuvent être les siens. Il est vrai que le Conseil d'État a cherché assez astucieusement à sortir de cette difficulté en combinant les anciens articles 12 et 14 de la loi de 1930, à présent codifiés aux articles L. 341-10 et L. 341-13. Cette dernière disposition autorise en effet l'administration, par décret en Conseil d'État, à prononcer le déclassement, y compris partiel, d'un site classé. La Haute assemblée déplace la question de fond vers une question de

7 Conclusions sur CE, Sect., 11 janvier 1978, Association pour la défense et l'aménagement d'Auxerre, *JCP G*, 1979, II, 19093.

8 CE, 27 septembre 1999, Simoni, req. n° 183047.

9 « Considérant que le classement d'un site sur le fondement des dispositions figurant aujourd'hui au code de l'environnement n'a ni pour objet ni pour effet d'interdire toute réalisation d'équipement, construction ou activité économique dans le périmètre de classement, mais seulement de soumettre à autorisation tout aménagement susceptible de modifier l'état des lieux ».

10 CC, n° 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, M. de Mortemart, *Rec. CC.*, p. 605 : « que ces dispositions soumettant à autorisation tout aménagement susceptible de modifier l'état des lieux n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire, dans le périmètre, toute réalisation d'équipement, construction ou activité économique ».

compétence en considérant qu'une mesure qui dénaturerait le site rendrait le classement sans objet et serait ainsi l'équivalent d'un véritable déclassement. La décision serait alors illégale car prise par une autorité incompétente : le ministre chargé des sites, ou dans certains cas le préfet, ne peut accorder « l'autorisation spéciale » que pour apporter des modifications compatibles avec la protection du site. S'il doit y avoir déclassement – et donc abandon, fût-il partiel, de la protection –, seul le Premier ministre par décret en Conseil d'État peut y procéder. Or cette approche se révèle une impasse contentieuse pour toutes les associations de protection de l'environnement qui ont vu leur recours rejetés lorsqu'elles ont voulu contester l'autorisation de travaux. Le juge ne répond pas à la question : l'autorisation donnée est-elle compatible avec la protection du site ? Mais : l'autorisation ne constitue-t-elle pas l'équivalent d'une mesure de déclassement partiel ? Or la méthodologie qu'a dégagée le Conseil d'État pour caractériser l'existence d'un déclassement partiel est telle, dans les faits, que le déclassement n'est pas reconnu. Autrement dit c'est l'absence de déclassement qui permet d'admettre la compatibilité des travaux autorisés avec la protection du site. On pourrait pourtant imaginer des travaux qui, sans être équivalents à un abandon de la protection – et donc à un déclassement –, apparaîtraient comme incompatibles avec la protection des intérêts qui ont justifié le classement. Mais la forte croissance du nombre de sites classés et, dans le même temps, la pression foncière liée à la croissance urbaine, jouent en faveur d'une interprétation constructive de la loi.

C'est cette interprétation constructive qui précisément suscite un certain malaise. Le Conseil d'État n'a pas hésité à affirmer que l'administration peut légalement prendre en considération l'intérêt du développement économique, cette faculté étant au surplus assortie d'un « notamment » qui invite l'autorité administrative, implicitement mais nécessairement, à procéder à un « bilan » entre les intérêts de tous ordres liés à un projet et l'intérêt de la protection du site¹¹. Il a également admis que le ministre peut fonder sa décision sur l'existence d'« engagements » pris par la commune, sans qu'il existe de garanties sur la tenue de ces engagements¹².

11 CE, 27 novembre 1985, Commune de Chamonix-Mont Blanc, *Rec. CE*, p. 348 : à propos de l'extension d'un domaine skiable dans le site classé du Mont-Blanc.

12 Dans l'affaire concernant le site du Mont-Blanc, il s'agissait de l'engagement de réviser le plan d'urbanisme pour réduire de 25 % le nombre des constructions de logements autorisées, et de celui de constituer un syndicat intercommunal.

Enfin et surtout, c'est dans l'esprit du Conseil d'État à une approche du site dans son ensemble qu'il convient de procéder. Il ne faut pas, prévient le rapporteur public Domino dans ses conclusions précitées, « se tromper de focale ». La notion de dénaturation du site, équivalant à un déclassement partiel, doit être appréciée au regard de la totalité du site, et non pas au seul niveau des parcelles affectées par le projet de travaux. La superficie du terrain concerné est toujours rapportée à la superficie totale. Ce n'est pas en soi critiquable, à la condition de ne pas systématiser le fait que la superficie affectée par le projet soit relativement faible pour en déduire, presque mécaniquement, l'absence de dénaturation. La jurisprudence paraît malheureusement assez encline à attacher beaucoup d'importance à ce critère, refusant ainsi d'examiner si, le cas échéant, une succession de travaux n'entraînerait pas un grignotage insidieux du site¹³. Cette approche globale entraîne une autre conséquence, qui consiste pour le juge à admettre des compensations. Certes il peut s'agir de compensations de nature elle-même environnementale. Dans l'affaire de l'extension de la station de ski dans le massif du Mont-Blanc, le juge avait admis que le ministre puisse assortir son autorisation d'un engagement de créer une réserve naturelle sur une autre partie du site classé. Il n'est pas sûr, d'un point de vue strictement écologique, que le principe d'une telle compensation soit réellement pertinent au regard de la protection du site¹⁴. Mais il peut s'agir aussi de compensations moins directement environnementales, et donc plus discutables : dans l'affaire de l'extension du stade Roland-Garros, le juge admet la légalité de compensations consistant en l'ouverture à la promenade publique, hors période de tournoi, des nouvelles serres botaniques entourant le court et d'un parvis en herbe ouvert au public au sein du stade.

Dans le même temps, on constate que les législations de sites et de l'urbanisme n'entretiennent pas des rapports apaisés.

B. LES RAPPORTS ENTRE SITES ET DROIT DE L'URBANISME

Ces rapports peuvent être appréhendés des deux manières. Sur le plan strictement procédural, le droit de l'urbanisme organise depuis longtemps de manière

¹³ V. les observations de L. Santoni sous CE, 3 octobre 2016, préc., *Constr. Urb.*, 2016, comm. 144.

¹⁴ Dans une décision du 29 juillet 2002, *Asso. seine-et-marnaise pour la sauvegarde de la nature* (DAUH 2003, n° 335), le juge a néanmoins paru vouloir contrôler la portée concrète de la compensation en cause.

techniquement efficace ses relations avec le droit des sites classés. L'autorisation d'urbanisme vaut autorisation au titre de la législation des sites dès lors que les travaux ont reçu l'accord de l'autorité chargée de contrôler le respect de cette législation. Il existe ainsi une coordination entre les deux législations gage de simplicité pour les maîtres d'ouvrage. Les rapports entre les deux législations sont plus tendus si on se place du côté des règles de fond.

Le contentieux a montré qu'une rencontre entre l'existence d'un site classé et l'institution d'un droit de préemption au sein d'une zone d'aménagement différé n'était pas une hypothèse d'école. Pour le Conseil d'État, il n'existe pas d'incompatibilité entre les deux procédures, dès lors, comme l'expliquait le commissaire du Gouvernement Labetoulle, que « la création d'une ZAD, dont l'effet essentiel est d'instituer un droit de préemption, ne porte par elle-même aucune atteinte aux sites classés qu'elle peut englober »¹⁵. L'analyse ne convainc guère car si formellement, une telle procédure se borne à permettre à une collectivité publique de se substituer à un acquéreur, elle a fondamentalement pour objet de préparer des opérations d'aménagement d'importance dont la compatibilité avec la protection due à un site classé ne résulte pas de l'évidence. En vérité, l'interprétation ainsi dégagée permet de *retarder* le moment de la confrontation entre le site et l'opération, moment qui n'interviendra qu'au stade de la délivrance des autorisations d'occupation du sol.

C'est bien en ce sens qu'est orienté le droit positif, et ce depuis longue date. Avant que la loi du 7 janvier 1983 n'impose aux plans d'occupation des sols (POS) de respecter les servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation des sols, le Conseil d'État, faisant prévaloir la lettre de l'article 12 de la loi de 1930 alors applicable, avait jugé que « l'approbation d'un document d'urbanisme n'(avait) pas pour effet direct d'entraîner un changement dans l'état des lieux ». Dès lors l'approbation d'un POS pour permettre des travaux d'installation d'une ambassade n'avait pas à être précédée de l'autorisation du ministre au titre de la législation sur les sites¹⁶. Cette solution continue à rendre compte du droit positif puisque la loi SRU du 13 décembre 2000 a choisi de revenir à l'indépendance des législations : si une servitude doit être annexée au plan d'urbanisme pour être opposable, elle ne s'impose pas à ce dernier. On a donc un risque de contradiction entre la réglementation locale d'urbanisme, et la lé-

¹⁵ Conclusions D. Labetoulle sur CE, Ass., 17 octobre 1975, Sieur Gueguen, *RDP*, 1976, p. 1332.

¹⁶ CE, 24 juillet 1981, Mme Woll Brett, *Rec. CE*, p. 316.

gislation sur les sites : un projet peut être compatible avec le règlement fixé par le plan, mais se heurter à une décision ministérielle de refus prise au titre de la législation des sites.

Certes il ne faut sans doute pas s'exagérer ce risque de conflit : d'une part la réglementation propre aux plans locaux d'urbanisme permet, soit par l'association de nombreux intervenants, soit par des règles de fond, de maintenir une cohérence entre le contenu du plan et la servitude de site classé ; d'autre part en pratique les élus locaux veillent à éviter les distorsions entre les deux législations.

Enfin, dans le cas certes plus limité géographiquement d'un espace concerné par la loi littoral – qui concerne tout de même plus de 1 210 communes riveraines de la mer, mais aussi de grands lacs, d'estuaires ou de deltas –, si la loi protège en tant qu'« espace remarquable », où ne sont admis que les aménagements légers, les parties naturelles des sites inscrits ou classés, le juge considère qu'une telle disposition ne fait pas obstacle à ce qu'un permis de construire soit accordé sur un terrain déjà urbanisé *ou déjà altéré par l'activité humaine* situé dans un tel site¹⁷. Autrement dit la prise en considération d'une circonstance de pur fait – dont le juge évite toute analyse de sa régularité au regard de la loi sur les sites – suffit à exclure la qualité de « partie naturelle » d'un site, et partant l'application du régime de protection propre à la loi littoral.

Est-il possible dans ces conditions de tenter une certaine réconciliation entre les exigences de la protection des sites et celles du développement urbain ?

II. Les conditions d'une meilleure articulation entre protection des sites et urbanisation

La commémoration du centenaire de la loi de 1906 a montré toute la pertinence des choix originaires faits par le législateur. Mais si cette politique publique fait l'objet d'un large consensus, elle pose la question de la pertinence des outils juridiques destinés à la mettre en œuvre, dans un contexte où le nombre et l'étendue des sites ayant bénéficié d'un classement est sans commune mesure avec ce qu'il était il y a un siècle. Il est nécessaire de rendre compte de cette évolution (A), pour tenter moins d'améliorer que de rationaliser la gestion des sites (B).

¹⁷ CE, 29 juin 1998, Chouzenoux, *Rec. CE*, tables, p. 1135.

A. LES ÉVOLUTIONS DE LA POLITIQUE DES SITES

En dépit des modifications qu'elle a subies, la législation sur les sites est restée d'une grande plasticité, ce qui a permis de poursuivre sa mise en œuvre alors que le territoire français a connu et continue de connaître des mutations considérables. Le nombre de sites classés¹⁸ est actuellement de 2 700, pour une superficie de 1 046 000 ha, et c'est, rapporté à sa surface, la région Ile-de-France qui concentre les plus grandes étendues de sites classés (96 835 ha).

Deux évolutions, qui peuvent en partie se recouper, caractérisent la politique de classement des sites. La première est, à partir des années soixante-dix, une accélération des procédures de classement, et ce sur des surfaces parfois considérables. La superficie moyenne nationale par site classé est égale à 350 ha, mais elle monte à plus de 1 000 ha sur la période 1971-2011, et il n'est pas rare que des classements concernent des sites de plusieurs dizaines de milliers d'hectares¹⁹. Les classements d'éléments isolés (rangées d'arbres, mégalithes, cascades...), fréquents au cours de l'entre-deux-guerres, deviennent beaucoup plus rares par la suite. La procédure de classement devient un outil destiné à garantir la pérennité d'un espace menacé par la pression foncière, et s'ouvre dans le même temps à des préoccupations de type écologique, que n'envisaageaient à proprement parler ni la loi de 1906, ni celle de 1930. L'application de la procédure de site classé à de très vastes espaces naturels oblige également à reconsidérer la conception même de la protection, selon laquelle il ne s'agit plus de conserver strictement en l'état le site, mais de savoir le faire évoluer, en prenant en compte les pratiques agricoles et les mutations qu'il subit. Dès 1973, pour les espaces correspondant à de véritables entités paysagères, le premier titulaire du ministère de l'environnement, Robert Poujade, appelait de ses vœux un « plan de paysage » afin d'organiser la gestion du site sur le long terme²⁰.

Tandis que la politique des sites classés mutait, l'environnement juridique situé à la périphérie du régime des sites était lui-même en train de connaître d'importantes évolutions.

¹⁸ On fait donc ici volontairement abstraction des sites simplement inscrits, au nombre de 4000 au 31/12/2015.

¹⁹ Cent cinq ans de classement de sites. Bilan 1906-2011, document consultable sur : www.observatoire-des-territoires.gouv.fr/, référence consultée le 25 octobre 2017.

²⁰ R. Poujade, « Vie et mort du paysage in *Le Monde* », 22 septembre 1973 ; R. Poujade, *Le ministère de l'impossible*, Paris Calmann-Lévy 1975, p. 124.

Alors que le développement des plans d'occupation des sols, créés par la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967, avait été médiocre à l'époque de l'urbanisme d'État, il connaît une brusque accélération grâce à la décentralisation engagée à partir de la loi du 7 janvier 1983. Il ne s'agit pas seulement d'un développement quantitatif, mais également qualitatif, dans la mesure où en affinant progressivement le régime des POS, et surtout des plans locaux d'urbanisme (PLU) qui les ont remplacés, la loi permet à la planification réglementaire de protéger les sites, tout en les intégrant dans une politique d'aménagement global du territoire local. En particulier le règlement du PLU « peut identifier et localiser les éléments de paysage et délimiter les sites et secteurs à protéger pour des motifs d'ordre écologique, notamment pour la préservation, le maintien ou la remise en état des continuités écologiques et définir, le cas échéant, les prescriptions de nature à assurer leur préservation » (C. urb., art. L. 151-23 al. 1). Le plan peut également grever d'une servitude d'espaces boisés classés non seulement des ensembles, mais aussi, depuis la loi Paysages du 8 janvier 1993, des arbres isolés, des haies ou réseaux de haies ou des plantations d'alignements (C. urb., art. L. 113-1), ce qui comme on l'a vu correspond à bon nombre des situations pour lesquelles, en particulier pendant l'entre-deux-guerres, avait été utilisée la procédure de classement de sites.

Par ailleurs, si la notion de paysage est susceptible et est effectivement prise en compte par le régime des sites classés, le législateur prend progressivement conscience que le paysage nécessite une approche globale, en ayant recours soit à des procédures nouvelles, soit en intégrant les préoccupations paysagères dans des procédures existantes. Ce ne sont pas moins actuellement de trois codes – patrimoine, urbanisme, environnement – qui sont placés au chevet du paysage. La loi du 8 janvier 1993 précitée a élargi au paysage les champs couverts par la procédure de zone de protection du patrimoine architectural et urbain²¹, et cette thématique se retrouve dans les procédures qui les ont remplacées (aires de mise en valeur de l'architecture et des paysages, sites patrimoniaux remarquables). Cette même loi a été à l'origine des directives de protection et de

²¹ Devenues à cette occasion zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager (ZPPAUP). Même si cette procédure a été abrogée depuis lors, les règlements de ZPPAUP existantes continuent de produire leurs effets de droit dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable jusqu'à ce que s'y substitue un plan de sauvegarde et de mise en valeur ou un plan de valorisation de l'architecture et du patrimoine (L. 7 juill. 2016, préc., art. 112 III).

mise en valeur des paysages, à présent codifiées dans le code de l'environnement, chargées de déterminer les orientations et les principes fondamentaux des structures paysagères des territoires considérés comme remarquables par leur intérêt paysager, même si, il est vrai, cette procédure n'a guère connu le succès escompté. Enfin la loi Biodiversité, précitée, met en place des « objectifs de qualité paysagère » qui devront être définis dans les documents d'urbanisme (SCOT) et les chartes des parcs naturels régionaux. L'innovation est intéressante parce que de tels objectifs doivent permettre d'orienter la définition et la mise en œuvre ultérieure des projets de territoire relatifs aux espaces concernés ; autrement dit c'est le développement *lato sensu* qui doit être guidé par le paysage ainsi analysé, et non pas l'inverse²².

On remarquera enfin que c'est une disposition discrète de cette même loi Biodiversité qui confirme le caractère particulièrement ouvert des procédures susceptibles d'être utilisées. Le nouvel article L. 350-3 C. env. dispose en effet que « les allées d'arbres et alignements d'arbres qui bordent les voies de communication constituent un patrimoine culturel et une source d'aménités, en plus de leur rôle pour la préservation de la biodiversité et, à ce titre, font l'objet d'une protection spécifique ». Aux autorités compétentes de déterminer laquelle.

On peut avoir beau jeu de signaler le caractère hétérogène et/ou désordonné de ces procédures, mais au moins trois caractères s'en dégagent. Le premier est que l'État n'est désormais plus le seul prescripteur ; des rapports plus complexes se sont installés entre l'État et les élus locaux en matière d'espaces protégés. Le second est que si la notion juridique de site perdure, les finalités du classement n'apparaissent plus avec autant d'évidence compte tenu de la concurrence des procédures. Enfin alors que la procédure de classement de site était un peu une sorte de « mise sous cloche » d'un espace, les sites classés doivent composer avec les mutations affectant les territoires dont ils constituent une composante. Le foisonnement du droit positif invite à une réflexion sur un espace à protéger, sur la relation qu'il entretient avec son environnement au sens premier du terme, et in fine sur la procédure la plus pertinente au regard des objectifs recherchés.

22 Rapport A.N. n° 2064 par Mme Geneviève Gaillard au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi relatif à la biodiversité, p. 461. Le droit positif fait donc directement (et bien tardivement) écho aux préconisations de Robert Poujade qui, dans *Le ministère de l'impossible* insistait sur la nécessité de « l'analyse des structures mêmes du paysage, dont les résultats doivent guider ensuite l'urbaniste et l'architecte, c'est-à-dire la recherche active de ses « potentialités », de sa capacité d'accueil, de son évolution possible, et non seulement la vérification après coup de ce qu'il peut subir ».

Autant dire qu'il serait vain de proposer un bouleversement du régime des sites, mais plus modestement un effort de rationalisation.

B. LA RECHERCHE DE RATIONALISATION DES PROCÉDURES

La multiplication des procédures permettant la protection des sites rend nécessaire une réflexion d'ensemble sur leur pertinence, leur maintien, et peut-être avant tout leurs conditions d'utilisation. Une doctrine globale élaborée par l'État serait opportune, même si juridiquement l'opération se heurte à certaines difficultés. Certaines de ces procédures relèvent en tout (documents d'urbanisme) ou partie (parcs naturels régionaux) des collectivités territoriales et le procédé de la circulaire, expression emblématique du pouvoir hiérarchique de l'État, n'est pas envisageable. Il ne pourrait concerner que les procédures dont la responsabilité continue à relever de l'État. On pourrait imaginer que le législateur utilise la technique du rapport annexé à une loi, dans lequel sont énoncés les missions et les objectifs d'une politique publique déterminée²³. Si un tel rapport, comme l'a jugé le Conseil d'État, n'est pas revêtu de la valeur normative qui s'attache aux dispositions de la loi, et ne permet donc pas de servir de fondement légal à des dispositions réglementaires²⁴, c'est précisément cette souplesse qui pourrait constituer un atout en matière de protection et de gestion de sites *lato sensu*.

Au-delà de l'hétérogénéité des procédures, c'est celle des sites classés eux-mêmes qui posent les difficultés les plus sensibles. Le régime des sites est suffisamment souple pour s'appliquer à des éléments différents par leur morphologie, leur étendue, et dans un contexte économique et culturel en profonde mutation. Mais ce qui fait sa souplesse peut aussi être sa limite. Ce n'est pas le principe de l'autorisation spéciale qui est contestable : celle-ci doit être conservée afin de soumettre à un contrôle préalable tous les travaux de nature à altérer le site. Par contre la raison de son maintien invoquée par certains auteurs paraît plus discutable. Ainsi pour Yves Jégouzo, le fait que cette autorisation soit instruite et délivrée au niveau ministériel, et donc au niveau central, permet d'assurer

23 V. l'exemple de la loi n° 89-486 du 10 juill. 1989 sur l'éducation, comprenant en annexe un rapport sur la politique que la Nation entend suivre en matière d'éducation.

24 CE, Ass., 5 mars 1999, « Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public », *Rec. CE*, p. 39.

une doctrine unifiée d'interprétation de la législation des sites sur l'ensemble du territoire national²⁵. La pratique, et le contentieux qui en découle, montrent que cela n'est pas nécessairement suffisant pour assurer une protection satisfaisante du site.

Le problème réside surtout dans l'absence de règles de fond de nature à encadrer le pouvoir de l'administration. Certes de telles règles ne sont pas nécessaires dans tous les sites classés, et le règlement du PLU, quand il existe, peut jouer ce rôle. Mais une réglementation spécifique peut être utile. La loi du 2 mai 1930, en son article 17, avait prévu la possibilité de créer une zone de protection autour des sites classés (et inscrits), avec des prescriptions de nature à assurer leur protection. La loi du 7 janvier 1983 avait décidé de supprimer pour l'avenir cette faculté au moment où elle créait les zones de protection du patrimoine architectural et urbain. Quelle que soit la procédure, celle-ci repose sur une logique classique de police administrative, consistant à fixer des règles qui visent à interdire ou à limiter certains usages du sol. Cela peut n'être pas suffisant et le dispositif mérite d'être complété par des règles relatives à la gestion du site, selon une logique positive. C'est ce qu'ont fait certaines collectivités en dehors de tout encadrement officiel²⁶, et c'est ce que prévoit le législateur à propos des « Grands sites de France ». Ceux-ci, dès lors qu'ils sont classés, peuvent bénéficier d'un label à condition que le gestionnaire du site justifie d'un projet de préservation, de gestion et de mise en valeur du site, qu'il s'engage à mettre en œuvre (C. env., art. L. 341-15-1). Les objectifs de gestion sont ici particulièrement ambitieux ; ils sont adaptés aux particularismes de ces sites très fréquentés, et n'ont donc pas vocation à être généralisés²⁷. Mais c'est le principe du diptyque protection/gestion qui doit recevoir un fondement législatif afin d'être proposé aux collectivités publiques gestionnaires de sites classés, sans se transformer en document obligatoire. En présence d'un plan

25 Y. Jégouzo, « Une loi intemporelle », *Pour mémoire, Revue du Comité d'histoire du ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, oct. 2011, n° Hors-série, actes de la journée d'étude « La loi de 1930 à l'épreuve du temps », notamment p. 16.

26 V. le rapport L'articulation entre les outils de protection des sites et les PLU. *Rapport Gridauh* 2016, p. 32.

27 Selon la circulaire du 21 janv. 2011, le label « Grands sites de France » garantit que le site est préservé et géré suivant les principes du développement durable. Il atteste notamment que le gestionnaire : – préserve les caractéristiques paysagères, naturelles et culturelles du site ; – assure son entretien et sa gestion au quotidien ; – permet un accueil du public dans le respect des qualités patrimoniales du site ; – intègre le développement économique local dans le projet du site ; – veille à ce que la fréquentation touristique reste compatible avec le caractère patrimonial du site et les conditions de vie des habitants ; – travaille de façon concertée avec les partenaires du site et de son projet.

d'urbanisme, ce document de protection et de gestion d'un site classé devrait comme pour toutes les autres servitudes être annexé au plan, et faire l'objet d'une enquête publique pour être en accord avec l'article 7 de la Charte de l'environnement, dès lors qu'un tel document a à l'évidence une « incidence sur l'environnement ». L'intervention du public devrait contribuer à limiter la mauvaise compréhension entre les règles fixées par le plan et celles fixées par la servitude.

La gestion au coup par coup des sites classés via la délivrance de l'autorisation ministérielle n'est pas en soi inadaptée à la protection des sites. Mais dans un certain nombre de cas, les sites ont besoin d'une vision plus globale, plus stratégique, en raison de la pression que le développement urbain leur fait subir. Mettre en place un document de protection et de gestion du site, c'est promouvoir une conception plus dynamique des sites, sans rien sacrifier de l'esprit de protection qui était celui des pères fondateurs du dispositif imaginé il y a plus d'un siècle.

Quelques souvenirs !

Prof. Tadeusz Włudyka, Doyen de la Faculté de droit
et d'administration de l'Université Jagellonne (2005-2008),
et Vice Doyen cette même université (1999-2005)

Ma relation avec les professeurs d'Orléans, Michel Pertué et Jacques Leroy, remonte à la fin des années 90, c'est-à-dire à la période de la mise en place de l'Ecole de droit français de Cracovie. Durant les années 1999-2005, en tant que vice-doyen de la Faculté de droit et d'administration de l'Université Jagellonne, et plus tard, de 2005-2008, en tant que doyen, j'étais en charge de la coordination de la coopération internationale – même s'il faut préciser que le suivi du projet était pris en charge par le futur codirecteur de l'Ecole, le professeur (à l'époque docteur) Krzysztof Wojtyczek. Il faut aussi souligner, surtout dans la phase initiale des contacts, le rôle inestimable de l'ancien recteur de notre Alma Mater : le professeur Karol Musioł.

Pour mettre l'accent sur la nature spéciale et très amicale des relations avec la Faculté de droit d'économie et de gestion de l'Université d'Orléans, et tout spécialement avec Michel et Jacques, nous avons réalisé deux visites à Orléans. Nous avons participé au jubilé de cette université, avec laquelle, depuis de nombreuses années, nous maintenons une coopération scientifique très intense. Ce jubilé, avec notamment la procession des collègues portant leur toge professorale, m'a beaucoup impressionné.

Notre deuxième visite à Orléans, avec la bonne compagnie du Professeur Józef Wójcikiewicz, vice-doyen à l'époque, et de Krzysztof Wojtyczek, fut

très enrichissante. Nos discussions concernaient les programmes d'études en France et en Pologne, avec un accent particulier sur les doctorats en cotutelle, que les facultés de physique de nos universités pratiquaient déjà avec succès. Trouver un système permettant d'harmoniser de manière satisfaisante les procédures de soutenance était un vrai défi, que nous avons surmonté à force de détermination. Nous avons également bien travaillé ensemble pour encadrer les programmes de master en droit que l'Université d'Orléans envisageait de proposer en langue française à Cracovie. Nos deux collègues ont déployé beaucoup d'efforts pour mobiliser les moyens financiers du Ministère des affaires étrangères et de la Région Centre afin de concrétiser nos projets communs.

Je garde de très bons souvenirs des moments passés ensemble, notamment de ce très sympathique dimanche du mois de juin durant lequel nos hôtes nous ont fait visiter les châteaux de la vallée de la Loire, puis nous ont invités à passer la soirée à Jargeau où Jaques et sa femme nous ont accueillis. J'ai en particulier le souvenir de l'armure de chevalier qui se trouvait dans le couloir de la maison, laquelle correspondait parfaitement à l'esprit et la galanterie chevaleresques de notre hôte.

Après le départ à la retraite de Michel Pertué, Jacques a pris les responsabilités de codirecteur de l'Ecole de droit français pour, pendant plus de 10 ans, enrichir encore notre collaboration, en réalisant notamment de nombreux projets. J'ai donc eu une grande satisfaction personnelle lorsque, à la fin de mon mandat de doyen, en mai 2008, j'ai eu l'honneur de décorer nos deux amis-professeurs avec les Médailles du mérite pour l'Université Jagellonne (*Zasłużony dla Uniwersytetu Jagiellońskiego*).

Je suis persuadé que cette coopération va se poursuivre en se développant. Ma conviction repose sur l'enthousiasme et l'énergie de nos amis français, Jacques Leroy et Pierre Serrand, et, du côté polonais, sur l'engagement de nos doyens et le professionnalisme de Krzysztof Wojtyczek et Piotr Szwedo.

En levant un grand verre de bon vin français pour le développement de notre coopération, je t'adresse, mon cher Jacques, mes meilleures pensées : *Ad multos annos !*

Jacques Leroy, grand ami de la Pologne

Krzysztof Wojtyczek, Professeur de l'Université Jagellonne,
juge à la Cour européenne de droit de l'homme

Nous nous sommes rencontrés avec Jacques Leroy en 2001, quand il est venu pour la première fois à Cracovie faire des cours de droit privé français à l'École de droit français, nouvellement créée par l'Université d'Orléans et l'Université Jagellonne. Depuis, Jacques vient plusieurs fois par an à Cracovie pour enseigner le droit français ou pour participer à des colloques scientifiques. De voyage en voyage, Jacques s'est mis à découvrir la Pologne, son histoire, sa culture, sa littérature et son droit au point de devenir aujourd'hui un connaisseur et ami de notre pays.

L'École de droit français de Cracovie a été créée en l'an 2000 par Michel Pertué, doyen honoraire de la Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université d'Orléans. Quand Michel Pertué est parti à la retraite, Jacques Leroy a pris la direction de l'École ainsi que du master en droit privé, délocalisé en Pologne et destiné d'une façon toute particulière aux étudiants polonais. Beaucoup d'étudiants de la faculté de droit de l'Université Jagellonne m'ont dit que la partie la plus passionnante du cursus était les écoles de droit étranger.

Enseignant apprécié par les étudiants, chercheur reconnu, manager efficace, voyageur infatigable, peut-on énumérer ici toutes les qualités de notre ami ? Son sens de l'humour, sa personnalité très chaleureuse, sa gentillesse, son esprit

perspicace et ouvert m'ont toujours impressionné. Ce fut est un grand plaisir de codiriger avec Jacques la coopération entre nos deux facultés de droit pendant plusieurs années, jusqu'à ce que la Providence me conduise en France à l'été 2012. Nos échanges m'ont beaucoup appris sur le droit français et m'ont notamment ouvert les yeux sur certaines de ses spécificités. Paradoxalement, depuis que je suis en France nous n'avons eu que peu d'occasions de nous revoir.

Capitaine ferme, Jacques a su conduire le navire des enseignements de droit français à Cracovie aussi bien par beau temps que dans les tempêtes, notamment celles provoquées par les coupes budgétaires annoncées pratiquement chaque année pour équilibrer les finances publiques de nos deux pays. Ses talents de diplomate et de négociateur nous ont bien facilité la tâche. Il faut souligner ici les longues heures consacrées au cours des années à développer la coopération interuniversitaire franco-polonaise et jamais comptabilisées dans son service. Les fruits de ce labeur sont trop nombreux pour être énumérés ici... Des projets d'enseignement et de recherche communs, des rencontres entre juristes des deux pays, des colloques, des publications communes, des étudiants découvrant le droit d'un autre pays, des bourses et des voyages d'études, des amitiés personnelles transfrontalières...

Les États n'ont pas d'amis, mais des intérêts. Toutefois, les bonnes relations entre États dépendent en grande partie des bonnes relations et des amitiés entre leurs habitants. La microsphère a une influence essentielle sur les macro-relations. Dans le domaine des relations franco-polonaises, on ne surestimera jamais la contribution de Jacques Leroy. Il est difficile de trouver en France un universitaire juriste à qui les relations académiques entre nos deux pays doivent autant qu'à Jacques. Quand j'ai appris qu'il a été décoré de la médaille du mérite de la République de Pologne, j'ai ressenti une grande joie. Un bâtisseur des relations amicales franco-polonaises et un artisan de la paix a été récompensé.

La modestie de Jacques fait que peu de personnes en France connaissent sa contribution pour la diffusion de la culture juridique française à l'étranger. Pour être ainsi promue, cette culture n'a pas besoin de projets grandioses et coûteux, qui – hélas – ne manquent pas, mais d'actions menées avec des moyens très limités, conduits de façon systématique, bien ciblées et conçues pour apporter un effet multiplicateur à long terme. L'École de droit français de Cracovie est un excellent exemple d'une telle action dont le ratio avantage/coût est difficile à égaler. Je crains que la contribution de Jacques au rayonnement international du droit français ne soit reconnue et appréciée à sa juste valeur dans sa patrie.

Enfin, je voudrais soulever un dernier point. J'ai eu le plaisir et l'honneur de diriger, de 2010 à 2012, le *Centre de coordination des écoles des droits étrangers*, fondés par le professeur Fryderyk Zoll, comparatiste et civiliste de talent. Je me dis aujourd'hui que le nom de ce centre n'est plus très adéquat. Grâce à l'engagement d'universitaires comme Jacques Leroy, les droits étrangers ne le sont plus vraiment pour nos étudiants ; ce sont des droits de plus en plus familiers et connus.

« Injusticiable et injusticiabilité : histoire des mots et de leurs applications »

Christine Mengès-Le Pape, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Les traités d'Ancien Régime ignorent presque complètement les termes d'injusticiable et d'injusticiabilité. Au Moyen Âge, en revanche, on trouve largement employée leur racine lexicale, c'est-à-dire le mot de justiciable issu de la forme tardive *justitiabilis*, sûrement parce que l'époque ne peut imaginer la persistance de lieux sans justice¹. L'obligation de réparer se forme ainsi, servie par l'interprétation laissée aux juges. Une question est alors souvent posée au moment des controverses entre théologiens et légistes, celle des vicissitudes de la finalité, autrement dit pourquoi réparer, pourquoi rendre justice ? Et l'on aperçoit au cours de l'histoire plusieurs fronts de combat qui ont précisé l'objectif de justice, celui de la protection de la victime, du repos des sujets et du royaume, plus tard du peuple et de la nation. Il y a les enjeux de la prévention, de la sanction du coupable. Ce sont ensuite des finalités morales et spirituelles, en particulier le respect d'une loi supérieure qui en Occident était chrétienne et qui a pu évoluer. La

¹ Différents emplois et définitions du mot « justiciable » sont précisés, depuis le XII^e siècle, dans le dictionnaire électronique du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, référence consultée le 27 février 2017, document consultable sur : <http://www.cnrtl.fr/definition/justiciable>.

notion de justiciabilité résulte ainsi de l'ordre de la justice et de la justesse, *aequalitas justitiae*².

Or ces interrogations sur la nécessité de la réparation ont rempli les débats autour de l'injusticiabilité, avec cette autre question : peut-on ne pas réparer, peut-on laisser impuni ? Dans *Les Lois*, Platon a déjà répondu sur les dangers de ce vide : « La Justice, est-il enseigné, vengeresse toujours en éveil, a recours à la loi établie par la nécessité, pour qui a commis quelque forfait, de subir à son tour le forfait même qu'il a commis : c'est qu'il n'y a point d'autre purification »³. Selon les origines, l'obligation de réparer ne semble pouvoir laisser place ni aux injusticiables, ni à l'injusticiabilité. Ces néologismes dirigent donc vers une histoire en creux située aux confins de la justice et du droit. S'entame dès lors un parcours vers le néant juridictionnel que la doctrine a tenté de justifier. L'une des premières utilisations bien connue du mot « injusticiable » se trouve dans l'*Elementa philosophica de Cive*⁴. Toutefois, les écritures latine et anglaise du traité de Thomas Hobbes ne donnent pas ce terme « d'injusticiable » qu'emploie, pour la traduction française, son secrétaire et ami, Samuel Sorbière. Voici l'expression retenue pour cette édition de 1649 qui deviendra vite célèbre : « il s'ensuit manifestement que le souverain doit être injusticiable, quoi qu'il entreprenne »⁵. Dans le texte latin du *De Cive*, au paragraphe XII, du chapitre VI, on lit simplement l'impunité du Prince : « *qui summum in civitate imperium habet, sequitur manifeste, impune debere esse, quicquid ab eo factum erit* »⁶. Par la suite, le terme d'injusticiable n'est pas utilisé dans la traduction française plus tardive, faite en 1660, par le

2 Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, 2a-2ae, question 63, 4, « L'acception des personnes » : « Le jugement, avons-nous dit, est un acte de justice, en ce que le juge ramène à l'égalité requise par la justice ce qui peut constituer une inégalité contraire. Or, l'acception des personnes entraîne une certaine inégalité, du fait qu'elle attribue à telle personne plus que sa part, en laquelle consiste l'égalité de la justice. Il est donc évident qu'un tel jugement est vicié par l'acception des personnes. » « *Dicendum quod, sicut dictum est, iudicium est actus justitiae, prout iudex ad aequalitatem justitiae reducit ea quae inaequalitatem oppositam facere possunt. Personarum autem acceptio inaequalitatem quamdam habet, inquantum attribuitur alicui personae praeter proportionem suam, in qua consistit aequalitas justitiae. Et ideo manifestum est quod per personarum acceptionem iudicium corrumpitur.* » St Thomas Aquinas, *Summa theologiae*, vol. 38, 2a2ae, 63-79, Injustice, Cambridge, University Press, 2006, p. 14 ; J. Kaye, *A history of balance, 1250-1375: the emergence of a new model of equilibrium and its impact on thought*, Cambridge, University Press, 2014, p. 241 et s.

3 Platon, *Les lois*, *Œuvres complètes*, trad. M. Croiset, Paris, les Belles Lettres, 1956, p. 861.

4 T. Hobbes, *Elementa philosophica de Cive*, Amsterdam, H. Boom, 1642 ; T. Hobbes, *Eléments philosophiques du citoyen*, *Traité politique où les fondements de la société civile sont découverts par Thomas Hobbes*, trad. S. Sorbière, Amsterdam, J. Blaeu, 1649.

5 *Ibid.*, p. 96.

6 T. Hobbes, *Elementa philosophica de cive*, *op. cit.*, p. 153.

bordelais Du Verdus qui reste proche du texte latin : « le souverain peut tout faire impunément »⁷.

Au-delà des hésitations qui troublent l'utilisation des mots, le *De Cive* marquera les esprits. Dès le XVIII^e siècle, il est cité par de nombreux ouvrages de philosophie politique, imprégnés par des tendances plus fortes vers une souveraineté absolue, au-dessus de tout, en rupture avec le droit naturel et la loi divine. Avec la période contemporaine, la doctrine et la jurisprudence vont recourir abondamment au mot d'injusticiable, jusqu'à celui d'injusticiabilité donné par Louis Favoreu, pour signaler une variété d'actes pour lesquels le droit au juge contre le souverain est refusé⁸. Cependant, à cette figure du prince impuni, s'opposent les sujets. Les recueils de jurisprudence livrent ici une contradiction, ils insistent sur leur justiciabilité. Tous les sujets sont justiciables, note le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Joseph-Nicolas Guyot⁹. C'est déjà une façon de consacrer l'accès au juge, avec les mises en garde des arrêstistes contre les méandres du fleuve de justice qui emportent les plaideurs vers un gouffre juridictionnel. On y perçoit des équivalences qui annoncent l'injusticiabilité sans vraiment l'exprimer. Il s'agit là de termes proches, ceux d'incompétence, de déni de justice, dans le souvenir parfois altéré des lettres de cachets qui annoncent les abus du souverain et ses empiètements sur l'ordre judiciaire (I). Avec la Révolution, ces situations restent décriées, il y aura la loi des 16-24 août 1790 qui consacre le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Pour signaler le danger contenu dans ce vide, une partie de la doctrine recourt abondamment aux mots d'injusticiable et d'injusticiabilité, en vue d'établir une justiciabilité totale contre des actes politiques parfois criminels (II). Ici l'on entrevoit les querelles autour du souverain protégé par l'impunité de ses agissements.

I. Le souverain injusticiable

Au milieu des critiques qui s'accumulent contre les lieux de l'impunité du prince, sont dénoncées les influences passées pour comprendre les origines de

⁷ *Les elemens de la politique de Monsieur Hobbes*, trad. Du Verdus, Paris, Henry Le Gras, 1660, p. 85.

⁸ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, 1964.

⁹ J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, J. Dorez, Paris, 1775-1783, vol. 1, discours préliminaire.

l'injusticiable. L'historiographie du XIX^e siècle introduit alors le souverain injusticiable dans un défilé de figures anciennes façonnées par une propagande doctrinale vers la puissance illimitée.

Il s'agit d'abord de pointer la racine romaine, avec l'allégorie universelle et parfois cosmique de l'empereur, *dominus mundi*. C'est ici la vision païenne donnée d'abord par Rome et donc située en dehors de la première *societas christiana*¹⁰. Ce socle de l'Antiquité profane a surtout passionné l'Occident à partir de la Renaissance ; et de nombreux traités ont célébré le retour de la vision orientale qui fait du prince la source de l'autorité, de la loi, de la justice, situé au-dessus de tous. À la fin du XVIII^e siècle, il y a pourtant les critiques de l'historien Edward Gibbon qui donne une *Histoire de la décadence et de la chute de l'Empire romain*¹¹. Contre l'empire, on y voit le « désespoir des particuliers »¹² menacés par les rigueurs d'une justice absolue. L'image du prince y apparaît mise à l'écart, éloignée du peuple – explique Edward Gibbon – marquée par les instruments odieux de la tyrannie que retiendront les codes de Théodose et de Justinien à défaut de garder, est-il noté, « les plus sages réglemens de la jurisprudence romaine ensevelis dans l'oubli »¹³. Cependant, au XIX^e siècle, l'appréciation ne peut que déplaire, on raconte l'agacement de Napoléon I^{er} contre la modération de Gibbon. Voici la phrase prêtée à l'empereur : « Tacite a fait des romans, Gibbon est un clabauder, Machiavel est le seul livre que l'on puisse lire »¹⁴. Autre figure du prince qui vient illustrer – dans les traités de philosophie politique – la galerie des injusticiables, celle du roi barbare ébloui par le modèle romain. Dans son *Histoire de la royauté*, publiée en 1842, Guignard de Saint-Priest – qui est aussi un diplomate – parle « du roi barbare qui était seul injusticiable, seul inviolable »¹⁵. Ailleurs, dans cette dispute qui au XIX^e siècle aggrave les tensions entre moralistes et étatistes, c'est également le rappel ironique de la fable « Le loup et l'agneau » ou encore le symbole impérial du lion

¹⁰ J. Picq, *Une histoire de l'État en Europe*, Paris, SciencesPo. Les Presses, 2013, p. 15.

¹¹ E. Gibbon, *The History of the decline and fall of the roman Empire*, Londres, Strahan and Cadell, 1776-1788 ; E. Gibbon, *Histoire de la décadence et de la chute de l'Empire romain*, trad. F. Guizot, Paris, Lefèvre, 1819.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Formule rapportée par A.-F. Artaud de Montor, *Machiavel son génie et ses erreurs*, Paris, Firmin Didot Frères, 1833, vol. 2, p. 458.

¹⁵ A.G. de Saint-Priest, *Histoire de la royauté considérée dans ses origines, jusqu'à la formation des principales monarchies de l'Europe*, Paris, H.L. Delloye, 1842, Prolégomènes, p. LXXVIII.

qui domine « Les animaux malades de la peste » et punit le plus faible¹⁶. Enfin contre l'injusticiable et, entre autres affaires, il y a surtout au XIX^e siècle la proximité de l'empire russe et des habitudes d'impunité. En 1862, retentit le procès tapageur du prince Woronzow contre le prince Pierre Dolgoroukow¹⁷. Devant le tribunal de premier instance de la Seine, l'avocat Mathieu plaide en 1862 contre les privilèges d'impunité. Et l'on voit un ministre de la police russe qui se refuse à toute enquête contre un chevalier de Saint-André, à la fois maréchal ; « en Russie, regrette l'avocat, quand on a affaire à un homme puissant en cour il n'y a plus ni justice, ni équité »¹⁸. Certes, c'est indiquer selon la plaidoirie « les funestes traditions du despotisme asiatique »¹⁹ ; mais, en arrière-plan, est dénoncée la vision impériale de l'État qui s'installe partout et que la littérature classique a depuis longtemps désignée par la formule de « la raison d'enfer »²⁰.

Après les portraits, viennent les implications doctrinales. Au XIX^e siècle, les traités de philosophie politique mentionnent les plus célèbres auteurs étatistes qui ont glorifié l'autonomie du souverain. On y retrouve Machiavel, surtout Thomas Hobbes, Kant, Rousseau, parfois Hegel avec *La philosophie de l'esprit*²¹. Parmi les juristes, les traités désignent Portalis comme zéléteur de l'absolutisme étatique. La fascination pour cette littérature qui légitime l'injusticiabilité du souverain atteint alors des niveaux très hauts qui renseignent sur le triomphe de l'État. Toutefois, l'engouement n'est pas partagé. Selon une partie de la doctrine, les auteurs étatistes ont tort lorsqu'ils livrent un modèle de souveraineté illimitée. Dans la *Revue d'économie politique*, Charles Turgeon, doyen de la Faculté de droit de Rennes, cite l'exposé des motifs du Code civil. Il en déduit que « Portalis a donné son adhésion à ces idées de souveraineté excessive »²². Voici l'opinion de Portalis, alors tant décriée : « le pouvoir souverain ne peut être limité, ni quant aux choses, ni quant aux hommes, il n'est rien s'il n'est tout »²³. Lors de la polémique qui se maintient autour de la sou-

16 F. Mazères, *De Machiavel et de l'influence de sa doctrine sur les opinions, les mœurs et la politique de la France*, Paris, Pillet, 1816, p. 316.

17 *Procès du prince Woronzow contre le prince Pierre Dolgoroukow*, tribunal civil de la Seine première instance, 1861-1862, Paris, Librairie De Poulet-Malassis, 1862

18 *Ibid.*, p. 33.

19 *Ibid.*, p. 452.

20 « Note de lecture » de J.-P. Massaut sur Étienne Thuau, « Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu », *Revue belge de philologie et d'histoire*, vol. 47, 1969, p. 153.

21 Ch. Turgeon, « Le droit de la Nation et le droit de l'Étranger », *Revue d'économie politique*, vol. 2, n° 3, 1888, p. 269.

22 *Ibid.*, p. 268.

23 *Ibid.*

veraineté, Mazères qui a été le secrétaire de l'amiral Bruix, publie un ouvrage anti-bonapartiste *De Machiavel et de l'influence de sa doctrine sur la politique de la France*²⁴. Ce traité de 1816 montre combien la pensée romaine de Machiavel est devenue le bréviaire politique des promoteurs de l'injusticiabilité étatique et des conditions léonines qui en découlaient, « il n'existe ni tribunal pour les punir, ni moyen coercitif »²⁵, avec toujours la vision du politique élevé au-dessus de la morale²⁶. Sur cette question « des limites du pouvoir des princes et du partage entre la morale et la politique »²⁷, c'est le chapitre sur l'*Imperium* du *De cive* qui exerce toujours au XIX^e siècle la plus forte influence et multiplie les désaccords. On rapporte que Thomas Hobbes va plus loin que Machiavel, il présente « le souverain comme injusticiable, quoi qu'il entreprenne »²⁸. Le souverain est ainsi remis au-dessus de tout, on y voit l'association faite depuis Hobbes entre les termes d'injusticiabilité et d'État illimité, avec des renvois à l'idée d'empire et à ses sacralisations. Et puisque le *De cive* situe le souverain comme âme de l'État, il y a les critiques de la philosophie anti-totalitaire du XIX^e siècle jusqu'au premier XX^e siècle. On se souvient du traité *De l'État*, publié en 1925 par Édith Stein, qui insiste : « l'État n'a pas d'âme et pas de productions de l'esprit, aussi paraît-il démesuré, même si cela est indispensable que l'on se dévoue à l'État »²⁹. Toutefois, cette évolution vers une divinisation de l'État, s'est amplifiée avec Hegel. Dans son article, Charles Turgeon signale ce mouvement : « c'est Hegel qui s'est constitué le défenseur de l'absolutisme gouvernemental, l'État devient, dans son œuvre, une idole qu'il encense et divinise »³⁰. Des maximes signifient la sacralisation du souverain et au-delà de l'État, « équivalent d'un dieu sur la terre »³¹, car l'État a sa source et sa fin en lui-même ; il se veut source et fin de son autorité, de ses lois, de sa justice. On assiste ici au retour d'une religion civile ou politique qui n'a jamais été sans risque à la fois pour les sujets et la permanence de l'État.

24 F. Mazères, *op. cit.*, p. 316.

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*, p. 38.

27 Ch. Turgeon, *op. cit.*, p. 268.

28 V. Cousin, *Cours d'histoire de la philosophie morale, Œuvres*, Bruxelles, Société belge de Librairie, Hautman, 1841, vol. 2, p. 444.

29 Cette œuvre est parue en 1925 dans le *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*. En 1970, il y eut l'édition *Eine Untersuchung über den Staat*, Max Niemeyer, Tübingen, 1970 ; puis la traduction française, *De l'État*, Paris, éd. du Cerf, 1989, p. 61.

30 Ch. Turgeon, *op. cit.*, p. 268-269.

31 L. Reybaud, *Études sur les réformateurs*, Bruxelles, Société belge de Librairie, Hautman, 1844, vol. 4, p. 166.

Reste qu'il faut s'interroger sur les actes du souverain qui négligent la justice, tant ils sont tournés vers l'État. Les juristes du XIX^e siècle qui usent du terme injusticiable pour le critiquer, rejettent le courant étatiste ; ils lui reprochent de mettre « le but de l'État en lui-même »³² et d'écarter la finalité de justice. C'est le constat, autour du doyen Turgeon, qu'il peut ne plus y avoir de justiciabilité pour les actes et les crimes politiques.

II. L'injusticiabilité des actes politiques

Ailleurs, dans ces lectures, les traits des souverains sont énumérés dans un décompte soupçonneux de leurs actes. Il s'agit de leur inviolabilité, leur irresponsabilité, leur infaillibilité parfois qualifiée de brutale, desquelles dérive l'injusticiabilité. Ces caractères s'appliquent d'abord au roi, puis à l'État. En 1887, la *Revue d'économie politique* signale le transfert et accumule les avis contre l'esprit du bon plaisir qui persiste. On peut y lire : « la doctrine du bon plaisir a survécu, malheureusement à l'Ancien Régime »³³. L'article d'ajouter : « On peut dire sans exagération que la Révolution n'a fait que déplacer la source de la souveraineté, sans changer sa nature et ses attributs..., qui devait servir le premier Napoléon »³⁴. Il ne peut donc s'agir d'un affrontement entre l'ancienne et la nouvelle France, entre la tradition chrétienne et la nouveauté révolutionnaire, mais plutôt du conflit entre les étatistes et leurs adversaires. Resurgit la vue romaine de la souveraineté qui s'enracine dans le *quod principi placuit legis habet vigorem*, s'appuie sur une « doctrine d'infaillibilité brutale et d'autorité discrétionnaire »³⁵. Là encore, pour comprendre cette auto-affirmation de l'autorité, on ne doit pas négliger les mouvements de la Rome profane vers l'absolutisme qui n'ont cessé de réapparaître en Occident. On songe aux ornements impériaux qui ont servi à la glorification de l'État, mais qui éloignent du portrait du *rex christianissimus*. Selon Mazères, puisque le XIX^e siècle a reproduit sans hésitation l'idée absolutiste, puisque « tout ce que la politique commande, la justice l'autorise »³⁶, les attentats de l'État souverain se trouvent hors de l'atteinte des lois, des assemblées et des tribunaux.

³² Ch. Turgeon, *op. cit.*, p. 269.

³³ *Ibid.*, p. 268.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ F. Mazères, *op. cit.*, p. 337.

Pour la promotion de l'État, la thèse est énoncée de l'injusticiabilité des actes politiques, mêmes criminels. C'est l'une des applications de l'adage *nulla crimen sine lege*, fondé sur l'évidence que jamais le souverain, *fons legis et justitiae*, ne prendra des actes qui lui seront contraires. Le politique ne se plie pas au juridique, au contraire il le soumet. En 1842, le *Dictionnaire politique* reprend à son compte l'expression du traité *De Machiavel et de l'influence de sa doctrine*, « il n'y a point de crime en politique, le crime en politique n'est que de la vertu intempestive »³⁷.

Dès lors, avec ce succès de la souveraineté, se vérifie le vers de la fable « la raison du plus fort est toujours la meilleure »³⁸, que les auteurs du XIX^e siècle opposent plusieurs fois à un peuple décrit comme « sans volonté, sans droits, presque sans activité »³⁹, soumis à « un prince seul juge et législateur infaillible et inviolable »⁴⁰. Le diplomate Nicolas Massias imagine la fureur du souverain : « sera-t-il encore impeccable et injusticiable, s'il assassine, s'il fait la guerre à ses sujets ? Que fera le peuple, si le roi transgresse ? »⁴¹. « D'autant que le salut des peuples, poursuit Mazères, est toujours mis en avant par la politique lorsqu'elle trame de grandes injustices »⁴². Sont redoutées les fractures ; en 1833, Nicolas Massias cite les *Études historiques* de Chateaubriand qui associent l'injusticiabilité des ministres au risque d'éclatement de la haine du peuple⁴³.

À travers les revues et les répertoires juridiques du XIX^e et du premier XX^e siècle, s'établit un catalogue encore fort incertain des actes qui échappent au principe de juridicité, et qui de façon floue sont qualifiés d'injusticiables. Parmi cette liste, s'ouvre la catégorie très vaste des inégalités sociales, des exemptions fiscales ou professionnelles, les pratiques concurrentielles, des expérimentations qu'exige en tout domaine l'utopie du progrès. Vient la part des libertés religieuses, avec les sacrilèges, les persécutions, le vote de la loi de séparation qualifié d'injusticiable. On trouve également les activités internationales des États, les agressions en pleine paix, les violations de traités, les captures de bateaux et d'équipages, les tirs de sous-marins contre une nation neutre, les destructions

37 *Dictionnaire politique, encyclopédie du langage et de la science politiques*, Paris, Pagnerre, 1848, article « crime », p. 297-298.

38 F. Mazères, *op. cit.*, p. 316.

39 L. Reybaud, *op. cit.*, p. 166.

40 *Ibid.*

41 N. Massias, *De la souveraineté du peuple*, Paris, Firmin Didot, 1833, p. 255.

42 F. Mazères, *op. cit.*, p. 316.

43 N. Massias, *op. cit.*, p. 251.

des villes⁴⁴. Puis une dernière variante de l'injusticiable, celle de l'irréparable, issu des excès et des abus de pouvoir. Se pose la question de l'impossible justice face à l'irréparable des crimes les plus graves, ceux des dettes odieuses, des guerres injustes, sans aucune proportion et de leur réparation impossible⁴⁵. On y entrevoit l'extrême inhumain commis par l'État, avec cette formule : « tout ce que la politique commande, la justice l'autorise »⁴⁶.

Face aux embarras dans l'utilisation des termes, les auteurs renverseront la morale de la fable : « mieux vaut être le plus fort parce que l'on a raison, que d'avoir raison parce que l'on est le plus fort »⁴⁷. Contre le machiavélisme et l'hobbesisme qui s'insinuent, est repris le principe de réciprocité qui relie également le souverain à ses sujets : « Quoiqu'en dise Machiavel, la loi fondamentale de toute société, ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas que l'on te fit, est aussi nécessaire aux souverains qu'aux particuliers »⁴⁸, avec l'affirmation qu'il n'y a pas « deux justices humaines : les États sont justiciables entre eux des mêmes lois que les individus »⁴⁹. Un tel rappel montre la permanence du *Digna vox*⁵⁰ qui refuse au politique d'échapper à l'autorité du droit.

Bibliographie :

M. Boulet-Sautel, *Vivre au royaume de France*, Paris, PUF, 2010.

F. Bluche, *Les magistrats du parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, Les Belles Lettres, 1986.

J.-M. Carbasse et Laurence Depambour-Tarride, sous la direction de, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.

J.-C. Farcy, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, éditions CNRS, 1998.

44 Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens*, Paris, Pedone-Lauriel, 1888, vol. 4, p. 168 ; P. Fiore, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885, p. 584.

45 L'expression est livrée par le professeur de l'université de Pétrograd, A. Sack, *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières*, Recueil Sirey, 1927, chap. 4.

46 F. Mazères, *op. cit.*, p. 316.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*, p. 318.

50 Une thèse est en préparation, par François Waquet, sur *La Consitution Digna Vox, de l'Antiquité tardive à la fin de l'époque médiévale*.

- J.-C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherche*, Paris, PUF, 2001.
- L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, 1964.
- J.-L. Halperin, « Haro sur les hommes de loi », *Droits, La Révolution française et le droit*, juin 1993, n° 17, p. 55-65.
- P. Hazard, *La pensée européenne au XVIII^e siècle*, Paris, 1948.
- P. Hazard, *La crise de la conscience européenne (1680-1715)*, Paris, 1934.
- J. Krynen, *L'Idéologie de la magistrature ancienne, l'État de justice, France, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, éditions Gallimard, 2009.
- H.-I. Marrou, *De la connaissance historique*, Paris, Editions du Seuil, 1954.
- X. Martin, *Nature humaine et Révolution française du siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère, 1994.
- J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1995.
- J.-P. Royer, R. Martinage, P. Lecoq, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1982.
- G. Thibon, *L'Échelle de Jacob*, Lyon, Lardanchet, 1942.
- M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Librairie générale de droit et de Jurisprudence, 1973.
- M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 1981, p. 5-15.
- M. Troper, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », *In 1791. La première constitution française. Actes du colloque tenu à Dijon en 1991*, Paris, 1993, p. 355-365.
- M. Villey, *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001.
- M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983.

L'injusticiabilité et la nature de l'argument juridique. Réflexions autour de la crise constitutionnelle polonaise

Wojciech Zagorski, Maître de conférences, Université d'Orléans

Si les crises obligent à réagir, elles obligent aussi à réfléchir. Indépendamment de ses conséquences pratiques et immédiates, qui ne seront pas abordées ici, la crise constitutionnelle à laquelle nous assistons en Pologne inspire quelques réflexions théoriques, relatives à la nature de l'argument juridique. Révélant les limites de l'approche contentieuse du droit, le conflit opposant le Tribunal constitutionnel polonais à la majorité parlementaire dévoile, semble-t-il, les faiblesses de la doxa positiviste. En effet, alors même qu'ils échappent à la compétence des tribunaux polonais, les agissements du parti au pouvoir (« Droit et Justice ») n'ont pourtant pas échappé à la critique des milieux juridiques. En reprochant à la majorité actuelle les violations de la Constitution, les juristes ne peuvent pourtant pas recourir à des arguments conventionnels, comme la teneur des textes ou l'autorité de la chose jugée. Dans les circonstances exceptionnelles, qui sont celles d'une crise constitutionnelle majeure, les données « positivistes » ne suffisent pas : les textes sont muets et les tribunaux incompétents. Faut-il en déduire l'absence du droit en tant que tel, laissant le sort de la République aux mains des hommes politiques ? Telle n'est pas l'opinion de la majorité des juristes polonais, dont

les plus éminents prennent une part active dans le débat public suscité par la crise. Ce à quoi ils se réfèrent, en critiquant le gouvernement actuel, ce n'est pourtant ni la lettre de la Constitution, ni les antécédents jurisprudentiels. Ce à quoi ils se réfèrent, c'est une *interprétation* du régime républicain polonais, interprétation qu'ils croient non seulement la meilleure, mais aussi la seule correcte. Ni plus, ni moins. Et même si cette interprétation reste contestable – elle a rencontré des résistances notables, y compris au sein de la plus prestigieuse faculté de droit du pays¹ – ses protagonistes prétendent qu'elle a valeur de *vérité*. C'est précisément cette prétention à la vérité qui nous intéresse ici. Dans la mesure où elle ne peut s'appuyer sur aucune réalité empirique, la critique des délits constitutionnels reprochés au gouvernement n'a rien d'une argumentation à laquelle nous sommes habitués. La crise polonaise incite ainsi à quitter les sentiers battus par la doctrine positiviste, pour réfléchir sur la nature et la spécificité de l'argument juridique. Tel est l'objectif des propos qui suivent.

Les origines de cette crise remontent à deux nominations « surnuméraires » au Tribunal constitutionnel (la plus haute instance juridictionnelle du pays), effectuées par l'ancienne majorité parlementaire en octobre 2015. Ces deux nominations sont intervenues en violation de la Constitution, ce que le Tribunal a constaté dans un arrêt rendu le 3 décembre 2015². La nouvelle majorité parlementaire ne s'est pourtant pas contentée de ce constat. Sans attendre le verdict du Tribunal, elle a procédé, à son tour, à trois autres nominations surnuméraires, cherchant à remplacer les juges nommés régulièrement par l'ancienne Diète. Le feuilleton politico-juridique qui s'en est suivi ne cesse d'évoluer depuis, de sorte qu'il serait difficile d'exposer ici en détail tous les événements constitutifs de la crise³. Sur les pages qui suivent, on cherchera plutôt à identifier, dans le cadre de cette crise, quelques événements, quelques problèmes juridiques *injusticiables*, pour voir ce que l'analyse de ces problèmes peut apporter à la réflexion autour de la nature de l'argument juridique et du droit en général.

¹ Le 30 novembre 2015, le Conseil de la Faculté de droit et d'administration de l'Université jagellonne de Cracovie a pris une délibération dénonçant la loi du 19 novembre 2015, relative au Tribunal constitutionnel, appelant le Président de la République à défendre l'indépendance de la justice et celle du Tribunal. Cet appel n'a pourtant pas été unanime, la délibération ayant été approuvée par 55 membres du Conseil, avec 21 voix contre et 6 abstentions.

² Arrêt n° 34/15, JO du 16 décembre 2015, n° 2129.

³ Pour un aperçu détaillé de ces événements, v. W. Zagorski, « Les actes d'un gouvernement ou *Marbury v. Madison* à la polonaise », *AJDA*, 2016, n° 4, p. 191.

L'« injusticiabilité » dont il est question ici correspond à une situation où les agissements d'une autorité publique échappent, en raison de leur objet (ou de leur nature⁴) à tout contrôle contentieux. Trois cas de ce type seront évoqués en rapport avec les événements récents. Le premier est celui du Président de la République qui, en dépit d'un *obiter dictum* contenu dans un jugement du Tribunal constitutionnel, refuse de recevoir le serment des juges élus régulièrement par l'ancienne Diète, tout en précipitant la prestation de serment des juges surnuméraires, élus par la nouvelle majorité en violation de la Constitution⁵. Le deuxième cas correspond à la décision du Président du Tribunal constitutionnel qui, en amont d'un jugement déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi portant procédure applicable devant le Tribunal, écarte son application, en dépit de la présomption de constitutionnalité qui bénéficie normalement aux textes législatifs. Le troisième cas correspond à la décision du Premier ministre qui refuse de publier le jugement du Tribunal constitutionnel intervenu dans ces conditions, estimant qu'il s'agit d'un acte issu d'une « réunion informelle »⁶ et non pas d'un acte de l'autorité publique.

Intervenant dans le cadre des rapports entre les organes constitutionnels de l'État, ces trois cas de figure correspondent à ce qu'un publiciste français qualifierait d'actes de gouvernement. De tels actes échappent, en principe, à tout contentieux. Leur éventuelle justiciabilité n'est que très hypothétique, dans la mesure où le Tribunal d'État polonais – lointain homologue de la Cour de justice de la République – pourrait être amené, un jour, à juger les délits constitutionnels reprochés à la majorité actuelle. L'hypothèse semble pourtant peu probable, les condamnations prononcées par le Tribunal d'État étant rarissimes, aucun Président ni Premier ministre n'ayant d'ailleurs été condamnés par le passé. Dans l'attente d'une éventuelle mise en accusation, ce qui nécessiterait le renversement de la majorité parlementaire actuelle, les événements constitutifs de la crise demeurent donc très largement injusticiables. Ils seront présentés dans la première partie. La seconde sera consacrée aux réflexions qu'ils nous ont inspirées.

4 V. la contribution du professeur P. Serrand.

5 Ce que le Tribunal constitutionnel a pu constater en contentieux, en invalidant une loi qui permettait à la nouvelle majorité de remplacer les juges élus régulièrement par l'ancienne Diète (TC, 9 décembre 2015, n° K 35/15, JO du 18 décembre 2015, n° 2147).

6 Selon l'expression utilisée par le Premier ministre à l'occasion d'un déplacement à Minsk Mazowiecki, le 8 mars 2016.

I. Les événements

La crise actuelle prend sa source dans deux nominations au Tribunal constitutionnel, effectuées *in extremis* par l'ancienne majorité parlementaire. Suite à l'échec de leur candidat à l'élection présidentielle en mai 2015 (Monsieur Bronislaw Komorowski), les élus de la Plateforme civique pressentaient la débâcle du parti aux élections parlementaires, prévues pour le mois d'octobre. Sous prétexte d'assurer la continuité des travaux du Tribunal en période de transition parlementaire, la majorité sortante a ainsi décidé de nommer cinq juges constitutionnels, alors même que le calendrier ordinaire ne prévoyait que trois nominations avant la fin du mandat de la Diète. En réponse à ces abus, le nouveau Président de la République, Monsieur Andrzej Duda (issu du parti « Droit et Justice »), a refusé de recevoir le serment de tous les cinq juges élus par l'ancienne Diète. Sa décision n'est pas restée sans conséquences, dans la mesure où la prestation de serment conditionne l'installation d'un juge dans ses fonctions. Par conséquent, le Tribunal constitutionnel ne comptait initialement que douze membres en exercice, alors que la juridiction réunit normalement quinze membres.

La situation s'est aggravée avec l'arrivée de la nouvelle majorité parlementaire, en novembre 2015. Disposant d'une majorité absolue dans les deux chambres du parlement, les élus du « Droit et Justice » ont fait voter, le 25 novembre 2015, cinq résolutions déclarant la nullité des nominations effectuées par l'ancienne Diète. Entretemps, une nouvelle loi relative au Tribunal a été votée dans la précipitation, le 19 novembre. Ce nouveau texte contenait toute une série de dispositions douteuses, dont une, donnant à la nouvelle majorité la possibilité d'élire cinq juges constitutionnels. Désignés le 2 décembre 2015, ceux-ci ont été reçus par le Président de la République dans la nuit du 2 au 3 décembre, prêtant serment quelques heures avant la lecture de la décision du Tribunal constitutionnel portant sur la régularité des nominations effectuées par l'ancienne Diète. Par son arrêt du 3 décembre⁷, le Tribunal a déclaré l'inconstitutionnalité des nominations surnuméraires effectuées par la majorité sortante, tout en confirmant la légalité des trois nominations effectuées conformément au calendrier parlementaire. Le Président de la République n'a pourtant jamais accepté de recevoir le serment des trois juges concernés.

⁷ Arrêt n° 34/15, précité.

En réaction à ces événements, le Président du Tribunal constitutionnel, le professeur Rzeplinski, refusait d'associer aux travaux de la juridiction les juges surnuméraires nommés par la nouvelle majorité. Par conséquent, la composition du Tribunal demeurait réduite à douze membres. Cette situation a servi de prétexte à la nouvelle majorité, celle-ci ayant voté, le 22 décembre 2015, une nouvelle loi « réparatrice » relative au Tribunal constitutionnel⁸. Conformément au nouveau texte, entré immédiatement en vigueur, la haute instance ne pourrait statuer sur la constitutionnalité des lois qu'en réunissant sa formation plénière, dont la composition serait portée à treize membres. Saisi d'un recours visant cette nouvelle loi, le Président du Tribunal, le professeur Rzeplinski, a pourtant refusé de procéder en application du texte faisant l'objet de la saisine, convoquant les douze membres disponibles du Tribunal pour l'examen de sa constitutionnalité. Par un jugement rendu le 9 mars 2016, au prix de deux opinions dissidentes, la formation de douze juges a déclaré l'inconstitutionnalité de la quasi-totalité des dispositions législatives votées en décembre 2015⁹.

Le jugement du 9 mars n'a pourtant jamais été publié. En effet, alors que la publication des arrêts du Tribunal au *Journal Officiel* conditionne leur entrée en vigueur, la tâche incombe à la chancellerie du Premier ministre. Or, le gouvernement estime que la loi « réparatrice » votée en décembre, comme tout autre texte législatif, bénéficiait d'une présomption de constitutionnalité, violée en l'occurrence par le Président du Tribunal. Aux dires des membres du gouvernement, la formation de douze juges réunie en application d'une loi sortie de vigueur ne constituait donc qu'une « réunion informelle », dépourvue de base et d'existence légale.

La crise a connu depuis de nombreux développements, quatre autres lois étant intervenues en 2016 dans l'objectif affiché d'« assainir » la situation du Tribunal. La résistance de la Haute juridiction a été finalement brisée à la fin de l'année, le mandat du Président Rzeplinski étant arrivé à son expiration le 19 décembre. Une Présidente par intérim, Julia Przylebska, a été nommée par le Président de la République le 20 décembre 2016, évinçant de ses fonctions le Vice-président du Tribunal, seul binôme prévu par la Constitution (il s'agit du professeur Biernat, proche du Président Rzeplinski). Sa première décision portait radiation du site internet du Tribunal des noms des trois juges élus régu-

⁸ Loi du 22 décembre 2015, JO du 28 décembre 2015, n° 2217.

⁹ Tribunal constitutionnel, 9 mars 2016, n° K 47/15, non publié.

lièrement par l'ancienne Diète. En parallèle, la Présidente par intérim a décidé d'associer aux travaux de la juridiction les trois juges surnuméraires élus par la nouvelle majorité. Ceux-ci ont donc pu participer à l'assemblée plénière, réunie dans des conditions douteuses le 20 décembre 2016, pour désigner les candidats à la présidence du Tribunal. Le lendemain, sans grande surprise, Madame Przylebska a été reconduite au poste par le Président de la République. Suite à une démission subséquente du juge Wrobel, refusant de remplir son office sous la tutelle du gouvernement, huit des quinze membres du Tribunal constitutionnel sont aujourd'hui issus des nominations effectuées par la nouvelle majorité parlementaire. Le Vice-président Biernat, quant à lui, a été placé en congé obligatoire, s'étendant sur la quasi-totalité de ce qui reste de son mandat, conformément à la décision de la nouvelle Présidente.

Ces événements n'ont pas manqué de susciter la critique des milieux politiques et juridiques, y compris à l'étranger¹⁰. Voici quelques réflexions théoriques qu'ils nous ont inspirées.

II. Les réflexions

Si les critiques visant le gouvernement polonais sont justifiées, elles n'ont, semble-t-il, aucune portée sur le terrain de la théorie positiviste du droit. Dans le cas d'une crise constitutionnelle majeure, impliquant des actes injusticiables accomplis par les plus hautes autorités de l'État, la théorie positiviste du droit ne permet d'avancer aucune critique utile des événements. Animée par une ambition scientifique, elle recourt généralement à des instruments de connaissance objective, reposant, en dernière instance, sur l'examen des faits empiriquement vérifiables. Une telle théorie peut être satisfaisante dans les conditions d'un système fonctionnant d'une manière régulière et généralement cohérente. Elle peine, en revanche, à traduire une situation de crise, notamment dans le cas où l'objet analysé correspond à des actes qui échappent au contentieux.

C'est précisément parce qu'elle privilégie la certitude que la théorie positiviste fait du juge l'oracle du droit. Ce que dit le juge, devient loi du pays. Ce

¹⁰ Pour une illustration, voyez l'avis du 11 mars 2016 de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (dite « Commission de Venise »), relatif aux récentes révisions législatives applicables au Tribunal constitutionnel polonais, document consultable sur : [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=C-DL-AD\(2016\)001-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=C-DL-AD(2016)001-f), référence consultée le 25 octobre 2017.

qui échappe à la compétence des tribunaux, en revanche, échappe également au droit et à la norme juridique. D'une manière générale, l'association entre la norme juridique et la sanction conduit les positivistes à nier l'existence du droit en dehors du prétoire. Cette négation a été pleinement assumée par les représentants de l'école réaliste de l'interprétation juridique, comme le professeur Troper, mais elle se retrouve également chez Kelsen lui-même. On se souvient d'un passage bien connu de la *Théorie pure*, expliquant qu'une procédure législative n'aurait, en l'absence de tout contrôle de constitutionnalité, qu'un caractère « alternatif »¹¹. Ce caractère alternatif, pour Kelsen, ne correspond pas seulement à une situation de fait – c'est-à-dire à l'absence de toute garantie effective susceptible de sanctionner la norme constitutionnelle –, il correspond aussi à une situation de droit, en ce sens qu'une obligation juridique ne peut exister en l'absence de toute sanction institutionnalisée. En d'autres termes encore, la théorie pure exclut l'existence des *leges imperfectae*. Echappant à toute expérience, les normes dépourvues de sanction échapperaient à la science du droit, et ne peuvent à ce titre être considérées comme des normes juridiques¹².

Si l'on adopte ce point de vue, une critique *juridique* des carences reprochées à la majorité actuelle paraît cependant difficile. Aucun tribunal n'est compétent pour enjoindre au Président de la République de recevoir le serment des juges élus régulièrement par l'ancienne Diète, de même qu'aucune injonction n'est prévue dans le cas où le Premier ministre refuse de publier les décisions du Tribunal constitutionnel. Au prix d'un revirement de sa propre

11 Selon Kelsen, « l'organe législatif est alors dans une situation analogue à celle de la juridiction de dernière instance dont la décision a force de chose jugée. Mais ceci affecte le sens des normes de la Constitution qui règlent la législation : il en résulte en effet que des lois valables peuvent voir le jour d'une autre façon que celle que détermine directement la Constitution, d'une façon que détermine l'organe de législation lui-même. En d'autres termes, la Constitution donne de ce fait au législateur pouvoir de créer des normes générales, soit par la procédure déterminée directement par les normes de la Constitution, soit par quelque autre procédure, et pouvoir de donner à ces normes soit un contenu conforme aux normes de la Constitution sur le contenu des lois, soit un contenu autre. Les normes directes de la Constitution sur la procédure de la législation et sur le contenu des lois ne représentent plus alors que l'une de deux possibilités créées par la Constitution. La Constitution crée elle-même cette possibilité par le fait qu'elle ne laisse à aucun autre organe que le législateur la faculté de décider si les normes édictées par lui en tant que lois sont bien lois au sens de la Constitution. Les dispositions de la Constitution qui règlent la législation ont alors le caractère de dispositions simplement alternatives » (H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, coll. « Philosophie du droit », p. 362-363).

12 « Les normes posées par le législateur institué par la Constitution qui prescriraient une certaine conduite sans attacher à la conduite contraire la sanction [...] ne se distingueraient des normes morales que par leur origine ». « Il suit de là qu'il faut rejeter toute définition du droit qui ne se caractérise pas comme un ordre de contrainte [...] seul cet élément de la contrainte permet de clairement distinguer le droit de tout autre ordre social » (*ibid.*, p. 72-73).

jurisprudence¹³, ce dernier avait formulé, au début de la crise, une injonction suspensive, tendant à ce que la majorité s'abstienne de procéder à de nouvelles nominations au Tribunal, dans l'attente d'un jugement portant sur celles effectuées par l'ancienne Diète¹⁴. Cette injonction a pourtant été ignorée, et l'on peinerait à trouver une cour susceptible d'enjoindre à la Diète d'obtempérer aux injonctions du Tribunal constitutionnel... En tout état de cause, quel que soit le nombre d'instances impliquées, le recours à la sanction juridictionnelle ne peut conduire à une régression *ad infinitum*. Quelque part au bout de la chaîne de commande, on retrouve nécessairement une autorité publique dont les actes échappent à la censure. Soustraite à toute sanction, serait-elle soustraite à toute obligation ? Telle serait la conclusion de l'école réaliste de l'interprétation¹⁵ et, plus généralement, de tous ceux qui font de la sanction une condition *sine qua non* de l'obligation juridique. Telle n'est pourtant pas l'opinion de la majorité des juristes du pays, de tous ceux qui déplorent la violation des obligations constitutionnelles pesant sur le Président et le Premier ministre.

C'est précisément parce que nous sommes confrontés à une situation de crise que la théorie positiviste épuise ses ressources. Décrivant le fonctionnement régulier de l'ordre juridique, elle s'accommode mal des irrégularités constatées dans le cas polonais. Sa faiblesse n'est pas due seulement à l'assimilation excessive entre l'obligation juridique et la sanction juridictionnelle. Elle résulte, plus généralement, des aspirations scientifiques du positivisme, qui conduisent à privilégier des arguments empiriques.

On le voit clairement dans le cas du concept de droit formulé par Herbert Hart. Alors même qu'elle rompt avec l'assimilation systématique entre la règle de droit et la sanction, la théorie hartienne demeure fidèle aux ambitions positivistes, reposant sur l'observation des pratiques juridiques. En substance, elle fait donc appel aux données empiriques. Selon Herbert Hart, la juridicité d'une règle est liée aux conditions de son élaboration et c'est la « règle de reconnaissance » (ang. *rule of recognition*) qui détermine l'appartenance d'une règle au

13 Par une ordonnance du 22 février 2006 (n° K 4/06), le Tribunal constitutionnel avait rejeté un recours en référé conservatoire, présenté par les députés sur le fondement des dispositions du code de procédure civile, tendant à la suspension de la procédure de nomination du président de la KRRiTV (homologue du CSA français).

14 Ordonnance du 30 novembre 2015, n° K 34/15.

15 Pour une critique convaincante de cet aspect de la théorie réaliste, v. E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », *L'office du juge*, actes du colloque tenu au Palais du Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006, éd. du Sénat, coll. « Les colloques du Sénat », p. 42.

système juridique. Cette *rule of recognition*, quant à elle, ne peut être formulée qu'à travers l'observation des pratiques, sachant qu'il ne s'agit pas d'une règle unique, mais d'un ensemble des principes servant à identifier et à hiérarchiser les règles juridiques. L'observation du régime britannique conduit ainsi à constater que les lois du Parlement font partie du système juridique, de même que les précédents établis par les tribunaux du pays. La règle de reconnaissance britannique prévoit en outre qu'une loi du Parlement bénéficie d'une priorité en cas de conflit avec la *common law* établie par les tribunaux.

Aussi utiles qu'elles soient, ces explications s'avèrent pourtant insuffisantes dans le cas d'une crise perturbant le fonctionnement normal du régime. Revenant au cas polonais, on peut dire certainement que la « règle de reconnaissance » polonaise englobe les lois votées par le Parlement et les décisions prises par le Tribunal constitutionnel. L'on peut dire également que l'application de cette règle de reconnaissance conduit à éliminer les lois invalidées par le Tribunal. Certes. La situation est pourtant exceptionnelle, et la théorie hartienne ne permet pas de savoir si la décision prise par le Tribunal constitutionnel le 9 mars 2016, en violation de la loi « réparatrice », pourtant entrée en vigueur, peut être considérée comme juridiquement valide. La Constitution dispose – ce que le gouvernement ne cesse de rappeler – que « la procédure applicable devant le Tribunal est déterminée par la loi »¹⁶. Par conséquent, nous ne savons pas non plus si cette loi « réparatrice », déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal, demeurerait encore en vigueur, dans la mesure notamment où la décision du 9 mars n'a jamais été publiée. Aucune règle de reconnaissance ne permet de le savoir. D'une part, en effet, « les décisions du Tribunal constitutionnel entrent en vigueur le jour de leur publication », conformément à l'article 190, alinéa 3 de la Constitution. D'autre part, pourtant, les décisions du Tribunal « sont définitives » (art. 190, al. 1^{er}) et doivent être « publiées sans retard » (al. 2). Et si les juges ordinaires « ne sont soumis qu'à la Constitution et aux lois » (art. 178, al. 1^{er}), les membres du Tribunal constitutionnel « ne sont soumis qu'à la Constitution » (art. 195, al. 1^{er}), ce qui pourrait justifier la décision du Président Rzeplinski, refusant d'appliquer une loi « réparatrice », destinée à paralyser le fonctionnement d'un organe constitutionnel.

Dans ces conditions, une théorie positiviste, basée sur l'observation des pratiques ordinaires d'un régime, n'apporte aucune analyse utile des événements.

¹⁶ Conformément à l'article 197 de la Constitution.

Le recours aux critères empiriques pourrait conduire, tout au plus, à légitimer les délits constitutionnels commis par les représentants de la majorité actuelle. En l'absence de tout contrôle juridictionnel, la force vaudrait compétence et, par la voie des faits accomplis, la III^e République de Pologne se transformerait en IV^e. Si l'on refuse d'accepter une telle conclusion, il convient de recourir à une théorie susceptible de fonder une critique utile du gouvernement actuel.

Une piste est proposée par Ronald Dworkin. Pour ce dernier, la solution d'un problème constitutionnel procède non pas d'un texte, ou d'un précédent isolé, mais d'une interprétation dynamique de l'ensemble de la tradition juridique donnée. Cette interprétation doit tenir compte des antécédents jurisprudentiels et devrait rester compatible avec la teneur littérale des textes, mais elle n'est prisonnière d'aucune donnée juridique conventionnelle. Selon Dworkin, appliquer une constitution consiste, en substance, à réinterpréter les concepts moraux et politiques fondateurs d'un régime, en fonction du contexte juridique, politique et historique, qui ne cesse d'évoluer¹⁷. Le résultat de cette opération ne peut être évalué à l'aide d'aucun critère empirique. La vérité du droit n'est pas une vérité matérielle, elle ne correspond à aucune réalité physique¹⁸. La vérité du droit est interprétative, elle résulte d'une interprétation et peut être combattue à l'aide d'une interprétation concurrente. Elle n'est donc jamais certaine, jamais définitive. Elle reste immune, en revanche, aux arguments de force. Aussi longtemps qu'un régime fournissant le cadre interprétatif bénéficie d'une stabilité minimale, les violations ponctuelles ne remettent pas en cause l'existence des obligations, y compris celles qui restent dépourvues de sanction juridictionnelle.

C'est en ce sens qu'il faut interpréter également les critiques adressées au gouvernement polonais. Si l'on peut critiquer le Président de la République, qui refuse de recevoir le serment des juges nommés régulièrement par l'ancienne majorité, ce n'est pas parce qu'une procédure juridictionnelle particulière per-

17 « Notre système constitutionnel repose sur une théorie morale particulière, à savoir que les hommes ont des droits moraux contre l'État. On doit comprendre les clauses difficiles de la Déclaration des droits [*Bill of Rights*], comme les clauses de procédure légale [*due process of law*] et d'égal protection [*equal protection*], comme renvoyant à des concepts moraux plutôt que comme imposant des conceptions particulières ; par conséquent, un tribunal qui entreprend la lourde tâche d'appliquer ces clauses pleinement comme du droit doit être un tribunal activiste, au sens où il doit être prêt à poser des questions de morale politique et à y répondre » (R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol, F. Limare, préf. P. Bourretz, PUF, 1995, p. 235).

18 La séparation entre les faits et les devoirs est accentuée dans les ouvrages tardifs de R. Dworkin : *Justice for Hedgehogs* et *Religion Without God*, Harvard University Press, 2013.

met de sanctionner ses carences ou de lui enjoindre la réception des trois intéressés. C'est parce qu'une attitude partielle dont il fait preuve est manifestement incompatible avec son rôle du gardien de la Constitution, susceptible de veiller à la continuité des pouvoirs publics (art. 126, al. 1 et 2 de la Constitution). De même, si l'on peut critiquer le Premier ministre, qui refuse de publier la décision du Tribunal constitutionnel du 9 mars 2016, c'est parce qu'en censurant la juridiction suprême, le chef du gouvernement supprime l'indépendance du pouvoir judiciaire et place le Tribunal constitutionnel sous la tutelle du gouvernement. L'argument est systémique. Il ne résulte directement d'aucune disposition concrète de la Constitution polonaise, ni d'un précédent jurisprudentiel. Il résulte de l'interprétation des clauses générales de la Constitution, qui renvoient à des notions comme « séparation des pouvoirs » ou « État de droit ».

De telles clauses – si l'on suit Dworkin dans son analyse – n'ont pas de signification immuable. Leur signification doit être sans cesse réinterprétée en fonction du contexte. Et c'est dans le contexte d'une crise sans précédent que les représentants du milieu judiciaire polonais appellent désormais les tribunaux ordinaires à inaugurer l'exercice d'un contrôle déconcentré de constitutionnalité¹⁹. En période ordinaire, alors que la III^e République s'est dotée à cet effet d'une juridiction spéciale, de tels appels contreviendraient ouvertement à la répartition des compétences juridictionnelles prévue par la Constitution. Mais la période est exceptionnelle : trois membres du Tribunal constitutionnel ont été nommés d'une manière irrégulière²⁰, son Président a été désigné dans des conditions douteuses et, selon les dires du Vice-président Biernat, placé en congé contre son gré, la nouvelle présidence du Tribunal procède à des remaniements illégaux des formations de jugement²¹. Dans ces conditions exceptionnelles, un juge ordinaire, saisi d'une question portant sur la constitutionnalité d'une loi applicable au litige, devra décider si le renvoi au Tribunal offre aux justiciables des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance. Et s'il décide de contrôler la loi d'une manière autonome, en se substituant au

19 Parmi les voix qui se sont élevées en ce sens, on notera celles réunies lors d'une conférence consacrée au problème du contrôle déconcentré de constitutionnalité, organisée à Katowice le 3 mars 2017, avec la participation du Vice-président du Tribunal, le professeur Stanisław Biernat, de ses anciens Présidents, les professeurs Andrzej Zoll et Marek Safjan (depuis 2009, juge de la CJUE) et de Madame Małgorzata Gersdorf, Première présidente de la Cour suprême.

20 Ce que le Tribunal constitutionnel a pu constater dans son jugement du 9 décembre 2015, relatif à la loi du 19 novembre 2015 (n° K 35/15, JO du 18 décembre 2015, n° 2147).

21 Conformément aux informations contenues dans une lettre ouverte, adressée par le Vice-président Biernat à la presse suite à une interview de Madame Przylebska du 27 février 2017.

Tribunal constitutionnel, il le fera sans doute en invoquant la clause générale de « l'État de droit démocratique » contenue dans l'article 2 de la Constitution polonaise. Dira-t-on qu'il viole la Constitution ?

Quelle que soit la réponse à cette question, il semble que la théorie positiviste conventionnelle ne permette pas de restituer le sens des critiques adressées au gouvernement polonais. Reposant sur des critères empiriques et l'observation du fonctionnement régulier d'un régime, la théorie positiviste s'accommode mal d'une situation de crise qui demeure très largement injusticiable. Si l'on veut critiquer le gouvernement actuel, si l'on veut commenter cette crise en qualité de juriste, il convient d'acquiescer la nature contestable de l'argument juridique. La vérité du droit est interprétative, elle n'est jamais certaine. Le droit n'est pas un instrument parfait, et la *iuris prudentia* n'est pas une science.

Les explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement : contribution à une typologie des injusticiabilités

Pierre Serrand, Professeur à l'Université d'Orléans

L'injusticiabilité est sans doute la principale caractéristique de ce que l'on appelle, en droit administratif français, l'« acte de gouvernement ». C'est une caractéristique contentieuse. Ce n'est pas la seule. Les actes de gouvernement sont en effet des manifestations de volonté émanant des plus hauts organes exécutifs – Président de la République, Premier ministre, ministres – et intervenant dans deux domaines différents : les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et les relations internationales. On distingue dès lors deux catégories d'actes de gouvernement.

Au sein de la première catégorie, il y a d'abord les actes qui mettent en cause les rapports entre les organes exécutifs et le Parlement : refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi (CE, 26 novembre 2012, *Krikorian*, n° 350492) ; décret présidentiel prononçant la dissolution de l'Assemblée nationale (CE, 20 février 1989, *Allain c. Président de la République*, n° 98538) ; acte du chef de l'État portant promulgation d'une loi (CE, 27 octobre 2015, *Fédération démocratique alsacienne*, n° 388807). On y trouve également les actes qui affectent les rapports entre les organes exécutifs et le Conseil constitutionnel, comme c'est le cas, par exemple, de la décision du président de

la République de nommer un membre du Conseil constitutionnel (CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, n° 195616). Les actes de gouvernement peuvent encore concerner les rapports entre le pouvoir exécutif et le peuple. Il en va ainsi, par exemple, de « l'acte par lequel le Président de la République décide de soumettre au référendum soit un projet de loi sur le fondement de l'article 11 de la Constitution, soit un projet ou une proposition de révision constitutionnelle dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article 89 de la Constitution » (CE, 23 février 2005, *M. Hoffer*, n° 277840). Ces actes peuvent aussi mettre en cause les rapports constitutionnels entre les organes exécutifs : décrets du Président de la République portant nomination du Premier ministre (CE, 16 septembre 2005, *M. Hoffer*, n° 282171) ou modifiant la composition du Gouvernement (CE, 29 décembre 1999, *Lemaire*, n° 196858). Enfin, parce qu'elle affecte les relations de l'ensemble des pouvoirs publics constitutionnels, la décision du Président de la République de mettre en application l'article 16 de la Constitution présente, nous dit le Conseil d'État, « le caractère d'un acte de gouvernement » (CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, *GAJA* ; *GDJ*).

Les actes de gouvernement de la seconde catégorie sont pris pour la conduite des relations internationales. Ils peuvent d'abord exprimer le pouvoir de faire les conventions internationales dont disposent les organes exécutifs : actes relatifs à la négociation (CE, Sect., 13 juillet 1979, *COPAREX*, n° 04880), à la conclusion, ou à la suspension (CE, 30 juillet 1997, *Étienne*, n° 155760) d'un traité ou d'un accord international. Ces actes peuvent ensuite mettre en cause les relations diplomatiques que les organes exécutifs entretiennent avec les États étrangers ou les organisations internationales : refus d'engager des négociations diplomatiques ou, à défaut, de saisir la Cour internationale de justice (CE, 25 mars 1988, *Société Sapvin*, n° 65022) ; décision déclarant *persona non grata* un membre du personnel diplomatique d'une ambassade (CE, 16 novembre 1998, *M. Lombo*, n° 161188) ; refus d'introduire une requête auprès du Conseil de l'Europe, des organisations internationales et de l'Organisation des Nations-Unies (CE, 26 octobre 2005, *M. Marcel X.*, n° 281273). Enfin, nombre d'actes de gouvernement sont pris en matière militaire, comme l'illustrent les décisions du président de la République de procéder à une nouvelle série d'essais nucléaires (CE, Ass., 29 septembre 1995, *Association « Greenpeace France »*, n° 171277), d'engager militairement la France dans l'ex-Yougoslavie (CE, 5 juillet 2000, *MM. Mégret et Mekhantar*, n° 206965) ou au Tchad (CE, 17 avril 2006, *M. Hoffer*, n° 292539), ou encore d'autoriser les avions militaires américains et

britanniques accomplissant des missions en Irak à emprunter l'espace aérien français (CE, 30 décembre 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, n° 255904). Tous ces actes sont des actes de gouvernement car ils ne sont pas, pour reprendre les termes des arrêts, « détachables des relations diplomatiques » ou « détachables des relations internationales de la France »¹. À l'inverse, les actes qui sont détachables de ces relations sont des actes administratifs justiciables des juridictions administratives.

Quelle que soit la catégorie dont ils relèvent, les actes de gouvernement ont été rendus célèbres parce que, à la différence des actes administratifs édictés par les mêmes organes exécutifs, ils échappent à la compétence du juge administratif et, par conséquent à tout contrôle juridictionnel. L'acte de gouvernement est ainsi injusticiable². Il bénéficie en effet d'un statut d'immunité juridictionnelle en raison de l'incompétence respective de nos différentes juridictions pour le connaître. Cette situation n'est pas constitutive d'un conflit négatif comme l'a jugé le Tribunal des conflits dans son arrêt du 6 juillet 2015, *Krikorian* (n° 03995). Il considère en effet, à propos d'un litige mettant en cause le refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi, que « ni la juridiction administrative ni la juridiction judiciaire ne sont compétentes pour en connaître ». Comme « c'est à bon droit que [...] les deux ordres de juri-

¹ Sur cette notion d'acte détachable, v. P. Serrand, *Droit administratif*, vol. 1, *Les actions administratives*, PUF, 2^e éd., 2017, n° 167.

² Il n'est pas certain, contrairement à ce que l'on pourrait penser au premier abord, que cette situation d'injusticiabilité heurte l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui pose le droit à un procès équitable : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». D'abord, il apparaît difficile qu'un acte de gouvernement, en raison de son champ d'application circonscrit aux relations entre les pouvoirs publics constitutionnels et aux relations internationales puisse être constitutif d'une « accusation en matière pénale » ou affecter des droits de « caractère civil ». Le Conseil d'État a d'ailleurs expressément considéré, à propos de l'autorisation donnée aux avions anglo-américains de survoler le territoire français pour aller bombarder l'Irak, que « cette décision n'est pas détachable des relations internationales de la France », et que, « sans que puisse être utilement invoquées les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la juridiction administrative n'est dès lors pas compétente pour connaître des requêtes tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision » (CE, 30 décembre 2003, *Comité contre la guerre en Irak*, n° 255904). Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a jugé, dans son arrêt du 14 décembre 2006, *Markovic et autres c. Italie* (n° 1398/03), que la décision de la Cour de cassation italienne concluant au défaut de juridiction pour connaître de la décision du gouvernement italien de participer, en 1999 et dans le contexte du conflit du Kosovo, à des frappes aériennes sur Belgrade, dans le cadre de l'OTAN, en fournissant notamment à cette organisation une base de départ et un soutien logistique, ne méconnaissait pas l'article 6 de la Convention. Elle semble ainsi avoir reconnu la compatibilité de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement avec la Convention.

diction se sont déclarés incompétents pour connaître du litige », « il n'en résulte aucun conflit négatif de compétence ».

L'incompétence du juge judiciaire, qui connaît seulement des actes de droit privé, s'explique évidemment. Celle du Conseil constitutionnel s'explique aussi sans trop de difficulté. En effet, le Conseil ne dispose que d'une compétence d'attribution déterminée par la Constitution. Or, cette dernière ne l'habilite qu'à contrôler la constitutionnalité des lois, et non pas la constitutionnalité des actes de gouvernement. Certes, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil peut apprécier la constitutionnalité des actes de gouvernement pris par les organes exécutifs dans le cadre de la procédure législative, car il lui appartient, « non seulement de se prononcer sur la conformité des dispositions (de la) loi à la Constitution, (...) mais encore d'examiner si elle a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative » (CC, 75-57 DC). Le Conseil constitutionnel vérifie par exemple le respect, par le pouvoir exécutif, des règles constitutionnelles relatives au droit d'initiative des lois (CC, 2011-632 DC), à l'ordre du jour (CC, 95-365 DC), ou au droit d'amendement, censurant par exemple les cavaliers législatifs, c'est-à-dire les amendements qui ne sont pas directement liés avec le texte en discussion (CC, 2014-693 DC ; CC, 2016-728 DC). Le Conseil constitutionnel contrôle encore la constitutionnalité de l'engagement, par le Premier ministre, de la responsabilité du Gouvernement (CC, 2004-503 DC ; CC, 2015-715 DC) ou du recours au vote bloqué (CC, 2010-602 DC). Si le Conseil constitutionnel peut donc contrôler la constitutionnalité de certains actes de gouvernement – ceux pris dans le cadre de la procédure législative –, la majorité de ces actes lui échappe, notamment ceux qui mettent en cause les relations internationales de la France. Au regard des autorités qui prennent les actes de gouvernement, le juge qui semble le mieux à même de les connaître est le juge administratif. C'est d'ailleurs justement l'incompétence du juge administratif à leur égard qui a suscité le plus de débats. Ces débats sont pour l'essentiel doctrinaux, le juge restant le plus souvent silencieux sur les raisons de son incompétence. C'est donc à travers les explications doctrinales de l'incompétence du juge administratif que l'on peut rechercher les raisons de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement. Ces raisons sont, soit politiques, soit juridiques, de telle manière que l'incompétence du juge administratif s'explique, soit parce qu'il ne veut pas juger (I), soit parce qu'il ne peut pas juger (II). La présentation des explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte

de gouvernement devrait ainsi permettre de contribuer à la mise en place d'une typologie des injusticiabilités.

I. Les explications politiques de l'injusticiabilité des actes de gouvernement : le juge ne veut pas juger

Ces explications politiques sont probablement les plus anciennes.

Une première, finaliste, a été abandonnée par la jurisprudence. Il s'agit de la théorie du mobile politique. Selon cette théorie, l'acte de gouvernement se définirait par son but, par sa finalité politique : tout acte pouvant être ainsi regardé si le mobile qui a inspiré son auteur est politique. C'est l'opinion soutenue, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, par Anselme Batbie³ ou Gabriel Dufour⁴. Cette théorie du mobile politique a été officiellement abandonnée avec l'arrêt du Conseil d'État du 19 février 1875, *Prince Napoléon-Joseph Bonaparte*. C'est en tout cas la présentation qui en est faite, à la fois dans *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, et sur le site internet du Conseil d'État^{5,6}.

Si la théorie du mobile politique avait disparu, les actes de gouvernement demeuraient bien vivants dans la jurisprudence. Deux autres explications ont

3 Voici ce qu'il écrit dans ses deux principaux ouvrages de droit administratif : « il y a des actes, même individuels, qui, émanant du chef de l'État, ne peuvent, quoiqu'ils portent atteinte aux droits individuels, à la propriété ou à la liberté personnelle, être déférés ni aux tribunaux ni au Conseil d'État, en raison du caractère politique qui les distingue ; tels sont les décrets diplomatiques, et tous ceux qui ont été dictés par une *pensée politique* (nous soulignons) » (A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, vol. 1, 1861, p. 403 ; *Précis du cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 2^e éd., 1864, p. 573).

4 Voici la formule célèbre qui rend compte de cette théorie : « Ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est *le but* que se propose son auteur (nous soulignons) » (G. Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Delamotte, 3^e éd., 1868-1870, vol. 5, p. 128) ; ce but étant la politique.

5 Document consultable sur : <http://www.conseil-État.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-État/19-fevrier-1875-Prince-Napoleon>, référence consultée le 25 octobre 2017.

6 Le mobile politique d'un acte ne permet donc pas d'en faire un acte de gouvernement échappant au contrôle du juge. La meilleure preuve en est sans doute que nombre d'actes pris par les organes exécutifs dans un but politique ont été, depuis cet arrêt, regardés comme des actes administratifs soumis au contrôle du juge. Il suffit pour s'en convaincre de penser aux actes attaqués dans les célèbres affaires *Barel* (CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel, GAJA ; GDJ*) et *Canal* (CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, GAJA*). Dans la première espèce, il s'agissait du refus d'autoriser des candidats communistes à se présenter au concours de l'École Nationale d'Administration. Dans la seconde espèce, était en cause la décision d'instituer une juridiction d'exception chargée de juger les auteurs d'infractions commises en relation avec les événements d'Algérie (le requérant ayant été condamné à mort par cette juridiction...). Or, non seulement ces actes ont été soumis au contrôle du juge, mais ils ont en outre été annulés en raison de leur illégalité, le mobile politique les animant n'étant d'ailleurs pas étranger à leur annulation.

alors été données pour justifier leur existence et leur injusticiabilité. Selon la première, l'acte de gouvernement serait une survivance de la raison d'État (A). Selon la seconde, il serait le fruit d'une politique jurisprudentielle (B).

A. UNE SURVIVANCE DE LA RAISON D'ÉTAT

Cette doctrine politique de l'acte de gouvernement a un nom, celui d'André Gros, dont la thèse consacrée à cet acte porte justement le titre : *Survivance de la raison d'État*⁷. Pour cet auteur, si la logique de l'État de droit a renforcé la juridictionnalisation des actes étatiques, cette soumission au droit et au juge n'est pas totale : « L'État, écrit-il, n'est plus un tyran arbitraire sans doute, mais tous ses actes ne sont pas encore soumis au contrôle juridictionnel. L'État est soumis au Droit mais une partie de son activité est restée indépendante. Il est des actes, dit-on, qui touchent de si près aux intérêts essentiels de l'État qu'on ne peut les soumettre à un contrôle juridictionnel »⁸. Pour André Gros, l'injusticiabilité des actes de gouvernement ne peut pas s'expliquer en raison de la nature juridique de ces actes car, d'un point de vue théorique, ils ne se distinguent pas des actes administratifs⁹. Elle s'explique en raison de leur nature politique, de telle manière que : « Ces actes de nature spéciale, qui touchent aux intérêts supérieurs de l'État, ne sont que la survivance de la raison d'État »¹⁰.

Nous abordons ici une question importante pour le thème de l'injusticiabilité, une question qui intéresse notamment les constitutionnalistes : celle de la justiciabilité de la politique¹¹. Rares sont en effet les règles qui encadrent l'action des pouvoirs publics, et, lorsque de telles règles existent, ce sont le plus souvent des règles que ne font qu'habiliter les acteurs à agir sans déterminer leur action. Voici, en ce sens, ce qu'écrit le professeur Pierre Avril :

« La doctrine constitutionnelle française a toujours eu tendance à considérer que le droit réglait assez complètement les rapports des pouvoirs publics

⁷ A. Gros, *Survivance de la raison d'État*, Paris, Dalloz, 1932, 390 p.

⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁹ *Ibid.*, p. 54.

¹⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹¹ Sur la controverse suscitée par cette question, v. L. Favoreu, *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, p. 158. V. également les contributions de M. Guénaitre, S. Rials, D. Rousseau et M. Troper, dans la revue *Le Débat*, 1991, n° 64.

pour que l'ensemble de leurs comportements puisse être ramené à l'obligation juridique. Une telle conception méconnaît à la fois la nature des principales normes constitutionnelles, qui sont habilitatrices, et le sens du principe de la séparation, qui attribue au pouvoir d'un organe le soin d'« arrêter » le pouvoir d'un autre. Le droit organise cette interaction, il en trace le cadre et en fixe les procédures, mais il ne peut évidemment en déterminer le contenu puisque, dans les limites qu'il établit, l'usage d'un pouvoir est discrétionnaire : la sanction est la responsabilité politique »¹².

Le droit constitutionnel est ainsi le terrain d'élection du pouvoir discrétionnaire car, en cette matière, les standards sont rares et, en l'absence de standard, il n'y a pas de normalité. Comme l'exprime R. Smend, le point saillant des actes de gouvernement est l'« impossibilité de leur détermination législative, ou, si l'on veut, de la normalisation de la libre décision politique »¹³. Comment, dans ce domaine anormé, le juge pourrait-il statuer sans décider à la place de l'autorité contrôlée ? L'injusticiabilité des actes de gouvernement exprimerait ainsi une certaine irréductibilité du politique au juridique. La volonté du juge de ne pas empiéter sur le terrain politique peut aussi apparaître comme une politique jurisprudentielle.

B. UNE POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE

Selon une seconde doctrine politique, la notion d'acte de gouvernement serait une notion fonctionnelle, c'est-à-dire une notion dont l'existence est justifiée par la fonction qui lui est assignée¹⁴. Cet acte serait en effet le fruit d'une politique jurisprudentielle traduisant une réserve du juge dans ces domaines particulièrement sensibles qui sont ceux de la politique.

C'est cette idée que soutient Paul Duez, dans son ouvrage intitulé : *Les actes de gouvernement*¹⁵, la jurisprudence relative à ces actes s'expliquant selon lui par trois « directives » : « 1° Ou le juge veut éviter un conflit avec les chambres ; 2° ou il craint par son examen contentieux de susciter au Gouvernement des

¹² Droit parlementaire et droit constitutionnel sous la V^e République, *RDP*, 1984, p. 582-583.

¹³ R. Smend, « Les actes de gouvernement en Allemagne », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1931, p. 199.

¹⁴ En ce sens, G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, I, n° 682.

¹⁵ P. Duez, *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1935, 215 p.

difficultés internationales ; 3° ou enfin, il s'incline devant une tradition qui assure, en fait, au Gouvernement une très grande liberté en certaines matières »¹⁶. Bref, selon Paul Duez, l'acte de gouvernement « apparaît comme un *fondement purement politique* : il est le *fruit d'une politique jurisprudentielle* ; il échappe à l'analyse juridique »¹⁷.

Cette idée, qui sera soutenue plus tard par d'autres auteurs, notamment par le professeur Yves Gaudemet¹⁸, met bien en lumière l'une des causes de l'injusticiabilité : la volonté du juge de ne pas juger. C'est cette volonté du juge qui expliquerait l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement. C'est déjà en ce sens que se positionnait le commissaire du gouvernement Faré, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 27 juin 1865, *Journal le Courrier du Dimanche* (D., 1866, III, p. 17) :

« Toute juridiction a ses limites, et quand la loi ne les a pas tracées, il convient à la sagesse de la juridiction de les connaître et de s'y renfermer. À mesure que les juridictions s'élèvent, cette sagesse devient une nécessité plus impérieuse. [...]. Le Conseil d'État, au contentieux, s'est toujours montré profondément pénétré de cette nécessité. S'il est une règle dans laquelle vous vous soyez renfermés, s'il est une limite que vous vous soyez rigoureusement interdit de franchir, c'est celle qui sépare l'administration de la politique. »

Évidemment, cette explication politique n'est guère compatible avec la doctrine conquérante de l'État de droit. En effet, dans un État de droit, tous les actes de la puissance publique doivent respecter des règles juridiques et être soumis au contrôle du juge. Considérer que certains actes étatiques puissent échapper au contrôle juridictionnel en raison de leur nature politique, soutenir que demeure une certaine irréductibilité du politique au juridique, justifier que le juge puisse s'auto censurer afin de laisser plus de liberté aux autorités politiques, c'est en effet en revenir à l'idée de raison d'État. Or, cette idée est rigoureusement inconciliable avec cette nouvelle « religion civile »¹⁹ qu'est la doctrine de l'État de droit. Ceci a probablement incité les auteurs à abandonner

¹⁶ *Ibid.*, p. 79.

¹⁷ *Ibid.*, p. 142.

¹⁸ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Thèse, Paris, LGDJ, 1972, p. 188-190. Il écrit notamment page 190 : « La construction jurisprudentielle des actes de Gouvernement, son évolution et sa permanence en dépit des critiques qui lui sont parfois adressées, illustrent bien cette attitude de discrétion du juge administratif à l'égard de l'action du pouvoir politique. »

¹⁹ S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, 1991, n° 64, p. 180.

les explications politiques de l'acte de gouvernement pour leur substituer des explications juridiques.

II. Les explications juridiques de l'injusticiabilité des actes de gouvernement : le juge ne peut pas juger

Il existe deux principales explications juridiques à l'acte de gouvernement. Selon la première, l'injusticiabilité de cet acte serait la conséquence d'une carence dans l'organisation juridictionnelle (A). Selon la seconde, elle s'expliquerait en raison de l'incompétence – parfaitement normale – du juge administratif, l'acte de gouvernement étant, non pas de nature administrative, mais d'une autre nature juridique (B). Dans les deux cas, c'est l'impossibilité pour le juge d'exercer son office qui explique alors cette injusticiabilité.

A. LA CARENCE DANS L'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE

Louis Favoreu est probablement le nom que l'on associe spontanément à cette explication doctrinale. Il soutient cette explication juridique de l'acte de gouvernement, d'abord dans sa thèse publiée en 1965 et intitulée *Du déni de justice en droit public français*²⁰, ensuite dans un article publié plus de vingt plus tard et intitulé « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable »²¹.

S'appuyant sur les travaux de son maître, le professeur Charles Eisenmann²², Louis Favoreu estime que l'injusticiabilité de certains actes étatiques résulte de deux situations : « ou bien que l'injusticiabilité d'une catégorie précise d'actes soit voulue par le droit tout entier, par l'ensemble de l'ordre juridique, ce qui s'exprimerait plus clairement par une codification qui établisse à leur égard l'exclusion totale de toute critique contentieuse ; ou bien que cette injusticiabilité qui, à l'origine, n'était pas prévue, est une conséquence fortuite de l'aménage-

²⁰ L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Thèse, Paris LGDJ, 1965, 582 p. V. notamment, pour ce qui concerne les actes de gouvernement, p. 167-269.

²¹ « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *RFDA*, 1987, p. 544-547.

²² Ch. Eisenmann, « Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1953, p. 1 et ss.

ment de l'ensemble de l'organisation juridictionnelle, c'est-à-dire d'une lacune dans la réglementation de la compétence de plusieurs ordres juridictionnels spécialisés et juxtaposés »²³. Prenant partie sur cette double situation, il estime que l'injusticiabilité des actes de gouvernement correspond à la seconde : si ces actes échappent à tout contrôle juridictionnel, c'est faute d'une juridiction compétente pour les connaître. L'immunité juridictionnelle dont ces actes bénéficient est donc « normale »²⁴, si on l'apprécie « au regard des règles définissant la compétence du juge administratif et du juge judiciaire »²⁵. Mais, si on l'examine « au regard de ce que pourrait être une organisation juridictionnelle parfaite »²⁶, elle « apparaît anormale et génératrice de dénis de justice ». L'injusticiabilité des actes de gouvernement est, selon cette façon de voir, accidentelle, et résulte de l'absence d'un juge constitutionnel compétent²⁷. Autrement dit, « l'immunité juridictionnelle des actes de l'exécutif regroupés sous le vocable « actes de gouvernement » est due à l'absence de juge compétent, et que ce juge, dont la compétence fait défaut, est le juge constitutionnel »²⁸.

Justiciable par nature, l'acte de gouvernement serait injusticiable par accident, l'accident consistant en une carence dans l'organisation juridictionnelle. Dans une telle hypothèse, l'acte de gouvernement est injusticiable parce que le juge ne peut pas juger. Il en va de même, mais pour une autre raison, selon les auteurs qui étudient l'acte de gouvernement à la lumière de la théorie des fonctions juridiques de l'État, et qui, par conséquent, s'intéressent à la nature juridique de cet acte.

B. LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT.

Une dernière explication doctrinale réside dans la nature juridique de l'acte de gouvernement. La jurisprudence fait en effet parfois référence à la « nature » de cet acte pour justifier son incompétence. Elle peut parler d'un acte qui « n'est pas de nature à être déferé à la juridiction administrative » (CE, 14 janvier 1987, *Société navale et commerciale Delmas-Vieljeux*, n° 73780), ou d'un « acte de

²³ « L'acte de gouvernement... », *op. cit.*, thèse précitée, p. 32.

²⁴ *Ibid.*, p. 169.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, p. 217.

gouvernement échappant par nature à tout contrôle juridictionnel » (TC, 12 février 1953, *Secrétaire du Comité d'entreprise de la Société nationale de constructions aéronautiques du Sud-Est, Rec.*, p. 585), ou encore « d'actes qui échapperaient, à raison de leur nature, à tout contrôle juridictionnel » (CE, 6 janvier 1995, *M. Christian Nucci*, n° 145898). Cette nature, à laquelle les arrêts font référence, n'est pas la nature politique de l'acte, mais sa nature juridique. D'où lui vient cette nature ? Dans la mesure où les organes exécutifs sont susceptibles de prendre des actes de nature juridique différente²⁹, la nature juridique d'un acte ne peut pas procéder de l'organe qui l'édicte, mais seulement de la fonction exercée par lui. L'acte de gouvernement, dont la nature juridique est différente de celle de l'acte administratif, est donc l'expression d'une fonction juridique distincte de la fonction administrative. Pour la majorité des auteurs faisant reposer l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement sur la théorie des fonctions juridiques de l'État, cette fonction juridique spécifique est la fonction « gouvernementale », qu'il convient de distinguer de la fonction administrative³⁰.

Cette explication juridique est ancienne. Elle a d'abord été soutenue par Édouard Laferrière³¹ et Maurice Hauriou³², puis, plus récemment, par le professeur Francis-Paul Benoît³³. Mais c'est sans doute au nom de René Chapus que cette explication est désormais le plus souvent associée. Voici en effet la position qu'il soutient dans son célèbre article : « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? »³⁴. Il propose d'identifier l'acte de gouvernement en s'appuyant sur deux critères : « la qualité de l'auteur de l'acte et la matière à laquelle celui-ci se rapporte »³⁵. Cet acte est d'abord « l'acte d'une autorité exécutive française »³⁶. Cependant, tous les actes pris par les autorités exécutives ne sont pas des actes de gouvernement³⁷. Le critère organique doit dès lors être complété par un critère matériel. Le professeur Chapus fait ainsi observer que les actes des autorités

29 Le président de la République peut par exemple, en dehors des nombreux actes administratifs qu'il édicte par décret, prendre « un acte législatif » (CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens, GAJA ; GDJ*), ainsi que des « jugements » (CE, 14 mars 1924, *Société de navigation à vapeur du Lloyd de Trieste, Rec.*, p. 304).

30 Sur cette distinction, v. P. Serrand, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus politicum. Revue de droit politique*, 2010, n° 4.

31 E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, vol. 2, p. 33.

32 M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 3^e éd., 1897, p. 283.

33 F.-P. Benoît, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p. 420.

34 « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? » *D*, 1958, chron., p. 5-10.

35 *Ibid.*, p. 7.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

exécutives, selon la matière à laquelle ils se rapportent, pourront être administratifs ou judiciaires. Il se demande alors si, à côté des matières administratives ou judiciaires, il n'existerait pas une matière gouvernementale à laquelle correspondraient les actes de gouvernement, car les organes exécutifs agissent parfois en qualité d'autorité administrative et parfois en qualité d'autorité politique ou gouvernementale. Voici comment il formule son interrogation :

« Les membres du gouvernement, personne ne le méconnaît, ont la double qualité d'autorité politique et de chef des administrations. Ne serait-il pas étonnant qu'aucun de leurs actes ne puisse se rattacher à la première de ces qualités, que leur double qualité ne se répercute jamais sur le caractère juridique de leurs actes, que tous leurs actes soient toujours des actes du chef de l'administration et jamais des actes de l'autorité politique, c'est-à-dire qu'il soient toujours des actes d'administration et jamais des actes de gouvernement ? »³⁸.

La réponse à cette question survient immédiatement : c'est l'existence d'une activité gouvernementale distincte de l'activité administrative qui donne naissance aux actes de gouvernement : « lorsque le Gouvernement accomplit, en matière intérieure ou internationale, de ces actes en lesquels on reconnaît des actes de gouvernement, on voit mal en quoi il s'acquitte de tâches administratives. *Assurer le fonctionnement des institutions et des mécanismes du régime démocratique et parlementaire, entretenir des relations avec les États étrangers ou les organisations internationales, faire la guerre, est-ce exercer une activité administrative ?* Nous ne le pensons vraiment pas, et nous croyons que la jurisprudence sur les actes de gouvernement illustre de façon extrêmement intéressante l'existence d'une activité gouvernementale. »³⁹ L'incompétence du juge administratif pour connaître des actes de gouvernement s'explique alors sans difficulté. En effet, ce juge « n'est juge que de l'Administration » ; son incompétence s'explique parce qu'il « ne peut connaître d'actes ou d'activités extérieurs à l'Administration »⁴⁰.

Le professeur Chapus est ainsi opposé aux explications politiques de l'acte de gouvernement, parce qu'elles donnent la primauté à l'immunité et non à l'incompétence. En effet, selon les explications politiques, si le juge se reconnaît incompétent c'est parce qu'il veut que les actes de gouvernement bénéficient d'une

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁰ *Ibid.*

immunité juridictionnelle. À l'inverse, l'explication juridique donne la primauté à l'incompétence ; et ce n'est qu'en raison de l'incompétence respective de nos juridictions que l'acte de gouvernement bénéficie d'un statut d'immunité juridictionnelle⁴¹. En définitive, la théorie des actes de gouvernement n'est, ni un défi à la raison, ni un objet de scandale. Elle s'explique tout simplement en raison de l'activité non administrative des organes exécutifs.

Si cette démonstration permet d'expliquer l'incompétence du juge administratif, une question demeure posée. Si un juge se reconnaissait compétent pour connaître de recours dirigés contre les actes de gouvernement, ces actes deviendraient-ils justiciables ? La réponse à cette question dépend de ce que l'on entend par justiciabilité. Si l'on définissait la justiciabilité par la compétence juridictionnelle, on soutiendrait alors sans doute que l'acte de gouvernement deviendrait justiciable. En revanche, si l'on définissait la justiciabilité par la possibilité de trancher un litige conformément à une règle de droit, l'hésitation serait permise. En effet, si l'on estime qu'il n'y a pas, en matière politico-gouvernementale, de standards permettant de définir ce qui est normal, est-il possible de juger ? Voilà la belle question à laquelle de rares auteurs ont tenté de répondre. C'est le cas de John Locke qui, bien que très attaché aux libertés, y répond négativement. Voici en effet ce qu'il écrit à propos du pouvoir fédératif, lequel correspond à ce pouvoir de conduire les relations internationales qui, en droit français, donne naissance aux actes de gouvernement de la seconde catégorie :

« Bien que ce *pouvoir fédératif*, qu'il en soit fait un bon usage ou un mauvais, présente une très grande importance pour la république, il se plie beaucoup moins facilement que l'*exécutif* à la direction de lois préexistantes, permanentes et positives; il faut donc nécessairement l'abandonner à la prudence et à la sagesse de ceux qui le détiennent et qui doivent l'exercer dans l'intérêt du public. »⁴²

Et c'est une même réponse qu'il donne à propos des autres actes de gouvernement qui, pour l'essentiel, mettent en cause les relations entre le pouvoir exécutif et le Parlement : « entre un pouvoir exécutif constitué, détenteur de cette prérogative, et un pouvoir législatif qui dépend de la volonté du premier

⁴¹ *Ibid.*, p. 8-9.

⁴² J. Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Paris, Vrin, 1967, trad. B. Gilson, chap. XII, p. 160.

pour s'assembler, il ne peut exister aucun *juge sur terre* ; pas plus qu'il ne saurait y en avoir entre le pouvoir législatif et le peuple, quand le pouvoir législatif, ou le pouvoir exécutif, qui disposent de la puissance, projettent ou entreprennent d'asservir celui-ci ou de le détruire »⁴³.

Si un juge était compétent pour connaître d'un contentieux dirigé contre un acte de gouvernement, il déciderait du sort de l'acte. À quoi cela reviendrait-il sinon à ce que le juge prenne lui-même la décision à la place de l'autorité contrôlée ? Et cette décision prise par un juge en dernier ressort ne serait-elle pas elle-même injusticiable ? En définitive, l'injusticiabilité peut être ici reliée à la souveraineté, en ce sens que la souveraineté suppose l'injusticiabilité. C'est ce que souligne Denis Serrigny, dès le milieu du XIX^e siècle, dans son *Traité du droit public des français* :

« Il est (...) évident qu'il doit y avoir dans toute société une autorité qui ait le dernier mot sur les grandes questions qui l'intéressent, et le droit de faire taire toutes les résistances possibles : autrement, on ne pourrait jamais y maintenir l'ordre, ni mener à bien les affaires qui concernent la communauté. Cette autorité s'appelle le pouvoir suprême ou le souverain, parce qu'il n'existe point de recours contre ses décisions, n'y ayant point de pouvoir humain supérieur à lui : car s'il y avait une autorité supérieure au souverain, c'est celle-là, et non celui-ci, qui posséderait la souveraineté, et qui mériterait d'être appelée le souverain. »⁴⁴

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ D. Serrigny, *Traité du droit public des français*, Paris, Joubert, 1846, vol. 1, p. 20-21.

L'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel devant le juge administratif

Maxime Charité, Attaché temporaire d'enseignement et de recherche en droit public à l'Université d'Orléans

Si le Conseil constitutionnel a reconnu, en 1980, l'indépendance du juge administratif sous la forme d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République¹, ce dernier reconnaît l'indépendance de son voisin au Palais-Royal par l'injusticiabilité des actes rattachables à son office.

L'injusticiabilité n'est pas une notion mais un concept juridique. Contrairement à ce dernier, « la notion est la mise en œuvre normative d'un concept, son existence en droit positif, dans un domaine juridique particulier »². Or, sauf à considérer la doctrine juridique comme une source du droit, l'injusticiabilité n'a jamais été utilisée par les acteurs des droits français et polonais, ce vocable ne trouvant d'ailleurs aucun équivalent dans la langue de Lech. Ce concept « renvoie à l'impossibilité pour un requérant d'obtenir

¹ C.C., n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Examen de la loi portant validation d'actes administratifs*, Rec. p. 46 ; R.D.P., 1980, p. 1627, chronique Favoreu ; A.J.D.A., 1980, p. 602, note Carcassonne ; R.A., 1981, p. 33, note de Villiers ; G.P., doctrine, 1981, p. 93, note Plouvin ; J.C.P., G, 1981, n° 19603, note Nguyen Quoc ; Dalloz, informations rapides – sommaires commentés, 1981, p. 356, note Hamon ; R.G.D.P., 1996, p. 41, note Stirn.

² J.-P. Derosier, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », R.F.D.C., 2008, p. 788.

justice, c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige »³ et peut traduire soit l'impossibilité pour le juge de juger, soit le refus du juge de juger. S'il convient de ne pas opposer catégoriquement ces deux manifestations possibles des injusticiabilités en droit public interne (l'impossibilité pour le juge de juger pouvant très bien masquer son refus), l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel devant le juge administratif traduit davantage le refus du juge de juger, essentiellement afin d'éviter de rentrer en conflit avec d'autres pouvoirs. Plus précisément, elle désigne le refus du juge administratif de connaître d'actes indissociables des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce ses missions constitutionnelles. Élastique, le concept d'actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel est quant à lui susceptible de plusieurs acceptions. *Stricto sensu*, il désigne les actes juridictionnels et non juridictionnels du Conseil constitutionnel ou des autorités habilitées en son sein à prendre de tels actes. *Lato sensu*, il désigne non seulement ces actes mais également ceux du pouvoir exécutif en rapport avec l'organisation ou l'exercice des compétences du Conseil. Toutefois, l'injusticiabilité recherchée nous semblant spécifique, nous en adopterons une conception plus restrictive, afin de mieux l'appréhender.

En premier lieu, nous excluons du champ de la recherche les actes du pouvoir exécutif en rapport avec l'organisation ou l'exercice des compétences du Conseil constitutionnel. S'ils peuvent être qualifiés d'actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel au sens large, leur injusticiabilité est fondée sur la théorie de l'acte de gouvernement. Tel est par exemple le cas de celle de la décision du Président de la République portant nomination d'un membre du Conseil constitutionnel⁴ ainsi que de celle de la décision du Président de la République de s'abstenir de déférer une loi au Conseil constitutionnel, qui, « indissociable de l'ensemble de la procédure législative », « touche ainsi aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels »⁵.

En second lieu, nous excluons également du champ de cette étude les décisions du Conseil constitutionnel dans la mesure où leur injusticiabilité est ré-

3 P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités en droit public interne », *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, éd. P. Serrand et P. Szewdo, Mare et Martin, 2014, p. 106.

4 C.E., Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, *Rec.* p. 124 ; *R.F.D.A.*, 1999, p. 566, conclusions Salat-Baroux ; *A.J.D.A.*, 1999, p. 409, chronique Raynaud et Fombeur ; *Daloz*, 2000, p. 335, note Serrand ; *R.D.P.*, 1999, p. 1573, note Camby ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n° 7, p. 109, note Robert.

5 C.E., ord., 7 novembre 2001, *Tabaka*, *Rec. Tables* p. 789 ; *R.D.P.*, 2001, p. 1645, note Jan ; *L.P.A.*, 2002, n° 59, p. 15, note Curttil.

glée par l'article 62 de la Constitution qui dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours ». Ainsi, les décisions du Conseil constitutionnel ne sauraient faire l'objet d'aucun recours, ouvert même sans texte, à l'instar du recours pour excès de pouvoir – bien que Marcel Waline, membre du Comité consultatif constitutionnel, ait proposé la solution inverse – ou encore le recours en cassation. L'insusceptibilité de recours des décisions de justice constitutionnelle est d'ailleurs formalisée dans un grand nombre de Constitutions, notamment aux articles 164-1 de la Constitution espagnole et 137, alinéa 3 de la Constitution italienne. La seule exception à ce principe est celle du recours en rectification d'erreur matérielle. Dans un premier temps refusé⁶, le recours en rectification d'erreur matérielle fut finalement admis, à propos de l'un des visas de la décision du Conseil constitutionnel n° 86-986/1006/1015 en date du 8 juillet 1986 portant la mention que la commune de Rabastens est située dans le département de Tarn-et-Garonne alors qu'elle se trouve dans celui du Tarn⁷. Autrement dit, nous réfutons l'inexistence d'injusticiabilités expressément prévues par la règle de droit.

Notre objet d'étude sera donc l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel, entendus comme l'ensemble des actes non décisionnels du Conseil constitutionnel ou des autorités habilitées en son sein à prendre de tels actes. Cette injusticiabilité est à l'œuvre à la fois dans le contentieux de l'excès de pouvoir et dans le contentieux des référés. Ainsi, elle désigne non seulement le refus du juge administratif de connaître de demandes tendant, non seulement à leur annulation mais également à la prescription d'une mesure d'urgence au Conseil constitutionnel. Et selon qu'elle se manifeste dans l'un ou dans l'autre cas, l'injusticiabilité aura une nature différente. À cet égard, il convient de distinguer, dans la lignée de la *summa divisio* esquissée par le président Braibant à propos du concept de « justiciabilité normative »⁸ aisément transposable à celui d'injusticiabilité, injusticiabilité objective et injusticiabilité subjective. Alors que la première s'inscrit dans un contentieux de normes et désigne le refus du juge d'examiner la conformité d'une règle de droit à des énoncés juridiques prééminents afin de sanctionner les normes inférieures contraires ou incompatibles, la seconde traduit l'impossibilité d'obtenir du juge la satis-

6 C.C., n° 58-90bis AN, 5 mai 1959, *A.N., Lozère (2^{ème} circ.)*, *Rec.* p. 223.

7 C.C., n° 87-1026 AN, 23 octobre 1987, *A.N., Haute-Garonne*, *Rec.* p. 55.

8 G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Éditions du Seuil, 2001, p. 46.

faction individuelle d'un droit⁹. Objective devant le juge de l'excès de pouvoir (I), l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel se subjectivise devant le juge des référés (II).

I. Une injusticiabilité objective devant le juge de l'excès de pouvoir

Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel, qui désigne le refus du juge administratif de connaître de demandes tendant à leur annulation, revêt un caractère objectif, dans la mesure où il s'agit d'un refus du juge d'examiner la conformité d'une règle de droit à des énoncés juridiques prééminents afin de sanctionner les normes inférieures contraires ou incompatibles. Si parfois, le requérant peut avoir en vue la protection de ses propres intérêts et si dans certains cas, les injusticiabilités apparaissent spontanément défavorables au justiciable puisque, par hypothèse, on se trouve en présence d'un demandeur qui ne peut pas obtenir d'un juge le règlement de son litige, en règle générale, l'aspect institutionnel de l'injusticiabilité l'emporte. À dominante objective, ce type d'injusticiabilité est une injusticiabilité de l'acte, dont le fondement est précisément leur rattachabilité à l'office du Conseil constitutionnel (A). Certaine, leur injusticiabilité complexifie le travail de qualification et d'identification de leur nature juridique et ces derniers s'intègrent difficilement au sein de la catégorie des actes insusceptibles de recours devant le juge administratif (B).

A. UNE INJUSTICIABILITÉ DE L'ACTE SE FONDANT SUR SA RATTACHABILITÉ À L'OFFICE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Relativement peu fournie, la jurisprudence administrative relative aux actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel est unanime quant à leur statut contentieux : l'injusticiabilité. Tel est le cas de la décision par laquelle le secrétaire général du Conseil constitutionnel fait savoir qu'une requête ne peut

9 V. D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *Rev. DH*, 2012, n° 1, mis en ligne le 27 mars 2014, document consultable sur : <http://revdh.revues.org/635>, référence consultée le 25 octobre 2017.

être prise en compte par le Conseil constitutionnel¹⁰, de la décision par laquelle le secrétaire général du Conseil constitutionnel refuse d'enregistrer et de soumettre au jugement dudit Conseil la requête par laquelle un requérant demande l'annulation du refus opposé par le préfet de la Martinique à sa demande d'une modification des horaires d'ouverture de bureaux de vote¹¹, de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel adopte un règlement intérieur organisant l'accès à ses archives¹², de la publication sur son site internet de commentaires concernant le sens et la portée de sa jurisprudence¹³ ainsi que de la publication par les services du Conseil constitutionnel du « bilan de l'année 2004 » en tant qu'il ne mentionne pas certaines informations¹⁴.

C'est précisément la rattachabilité d'un acte à l'office du Conseil constitutionnel qui fonde son injusticiabilité dans le contentieux de l'annulation. Celle-ci est exprimée différemment par le juge administratif. Ainsi, ce dernier se réfèrera tant au « rattachement à l'exercice des attributions confiées au Conseil constitutionnel par l'article 62 de la Constitution »¹⁵ (de manière quelque peu surprenante d'ailleurs, car c'est davantage l'article 61 qui confiait à l'époque l'exercice d'attributions au Conseil constitutionnel), au « concours direct à l'exercice d'attributions juridictionnelles »¹⁶, à « l'indissociabilité des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution »¹⁷ ou encore au « rattachement à l'exercice par le Conseil constitutionnel des missions qui lui sont confiées par la Constitution ou par des lois organiques prises sur son fondement »¹⁸. Différente, la formulation de la rattachabilité de l'acte à l'office du Conseil constitutionnel peut apparaître quelque peu confuse. En effet, le juge administratif se réfère tantôt, d'une part, aux attributions juridictionnelles du Conseil, d'autre part, à ses mis-

¹⁰ C.E., 7 juin 1989, *Front calédonien*, *Rec. Tables* p. 532.

¹¹ T.A. de Paris, 11 octobre 2002, *Feier*, *R.F.D.A.*, 2003, p. 22 ; *R.F.D.A.*, 2003, p. 8, note Favoreu ; p. 14, note Gonod et Jouanjan.

¹² C.E., Ass., 25 octobre 2002, *Brouant*, *Rec.* p. 345 ; conclusions Goulard ; *R.F.D.A.*, 2003, p. 1, conclusions, p. 8, note Favoreu ; p. 14, note Gonod et Jouanjan ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 1332, chronique Donnat et Casas ; *Dalloz*, 2002, p. 3034, note Moutouh ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 1429, étude Jacquolot ; *R.D.P.*, 2002, p. 1855, note Camby ; *J.C.P.*, G, 2003, p. 85, note Chaminade.

¹³ C.E., 9 novembre 2005, *Moitry*, *Rec.* p. 496 ; *A.J.D.A.*, 2006, p. 147, conclusions Donnat ; *J.C.P.*, A, 2006, p. 263, étude Cassia.

¹⁴ C.E., 2 juillet 2008, req. n° 275127.

¹⁵ C.E., 7 juin 1989, *Front calédonien*, décision précitée.

¹⁶ T.A. de Paris, 11 octobre 2002, *Feier*, décision précitée.

¹⁷ C.E., Ass., 25 octobre 2002, *Brouant*, décision précitée, p. 346.

¹⁸ C.E., 9 novembre 2005, *Moitry*, décision précitée.

sions constitutionnelles, qui pourtant les englobent et les dépassent ; tantôt au « concours direct » mais aussi et surtout au « rattachement » et à l'« indissociabilité » de l'acte par rapport à elles. Cependant, comme le soulignaient les professeurs Gonod et Jouanjan, la rattachabilité suppose l'existence d'un ensemble auquel pourrait être soustrait un de ses éléments tandis que l'indissociabilité implique plus, une unité dont la désagrégation rend difficile la perception d'éléments autonomes la représentant¹⁹. Si les formules employées par le juge administratif sont différentes pour caractériser la rattachabilité des actes attaqués à l'office du Conseil constitutionnel, il ne faut pas voir là, pour reprendre une formule utilisée par le doyen Vedel sur un tout autre sujet, « autre chose que des variations sémantiques sur le même thème sans portée juridique véritable »²⁰.

Unanimement affirmée, la rattachabilité de l'acte à l'office du Conseil constitutionnel comme fondement de son injusticiabilité peut être plus ou moins directe. Autrement dit, il existe une échelle graduée de rattachabilité d'un acte à l'office du Conseil constitutionnel. Directe, la rattachabilité à l'office du Conseil constitutionnel l'est à propos des décisions par lesquelles le secrétaire général du Conseil constitutionnel fait savoir qu'une requête ne peut être prise en compte par le Conseil constitutionnel ou refuse d'enregistrer et de soumettre au jugement dudit Conseil la requête par laquelle un requérant demande l'annulation du refus opposé par le préfet de la Martinique à sa demande d'une modification des horaires d'ouverture de bureaux de vote se rattachent à l'office du Conseil constitutionnel. Elle l'est également s'agissant des commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel²¹, ces derniers « concernant le sens et la portée de sa jurisprudence »²² et faisant parfois office d'acte de « *meta-motivation* »²³ voire de « motivation extérieure et complémentaire »²⁴ de la décision. En revanche, elle est bien indirecte s'agissant de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel adopte un règlement intérieur organisant l'accès à ses archives. Comme le soulignait le professeur Serrand lors de son intervention lors des premiers échanges franco-polonais sur le concept

19 P. Gonod et O. Jouanjan, note précitée, p. 19.

20 G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *R.D.P.*, 1989, p. 16.

21 V. notre étude, M. Charité, « Les commentaires autorisés des décisions du Conseil constitutionnel », *R.D.P.*, 2015, p. 451-464.

22 C.E., 9 novembre 2005, *Moitry*, décision précitée.

23 X. Magnon, « Que faire des doctrines du Conseil constitutionnel ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 38, p. 208.

24 D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 34.

d'injusticiabilité, « il ne peut pas s'agir d'un acte de nature juridictionnelle car le Conseil constitutionnel n'exerce aucune mission juridictionnelle lorsqu'il réglemente spontanément l'accès à ses archives »²⁵. Particulièrement controversé au sein même de la juridiction administrative, l'arrêt *Brouant* fut rendu sur conclusions contraires. Dans celles-ci, le commissaire du gouvernement Guillaume Goulard développa les raisons qui justifiaient, selon lui, que l'acte soit susceptible de recours et annulé pour incompétence²⁶. En effet, la décision par laquelle le Conseil constitutionnel adopte un règlement intérieur organisant l'accès à ses archives ne pouvait pas être fondée sur l'article 56 de l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, aux termes duquel le Conseil constitutionnel complètera par son règlement intérieur les règles de procédure « applicables devant lui »²⁷, mais sur l'article 63 de la Constitution qui dispose qu'« une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel ». Ici, l'injusticiabilité apparaît nettement comme étant le fruit de la volonté du juge dans la mesure où le juge administratif aurait pu prendre, de manière tout aussi convaincante, une décision inverse affirmant la justiciabilité de l'acte. Indirecte, la rattachabilité à l'office du Conseil constitutionnel l'est encore à propos de la publication par les services du Conseil constitutionnel du « bilan de l'année 2004 » en tant qu'il ne mentionne pas certaines informations. Particulièrement souple, la rattachabilité d'un acte à l'office du Conseil constitutionnel fait pour l'instant obstacle à la reconnaissance d'actes détachables de celui-ci et qui seraient justiciables.

B. DES ACTES INJUSTICIABLES SE FONDANT DIFFICILEMENT AUX CATÉGORIES CLASSIQUES D'ACTES INSUSCEPTIBLES DE RECOURS DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

L'insusceptibilité de recours d'un acte peut résulter soit de son caractère non administratif, soit de son incapacité à faire grief. Nous nous situons ici dans la première hypothèse. Comme le considère le Conseil d'État dans son arrêt

25 P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités... », *op. cit.*, p. 119.

26 G. Goulard (G.), conclusions précitées.

27 Formule qui ne sera insérée que par l'article 4 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

Brouant, le règlement intérieur sur les archives du Conseil constitutionnel « ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître »²⁸. Ainsi, le recours à la théorie des mesures d'ordre intérieur pour les qualifier, effectué par certains, est inapproprié²⁹.

Selon les catégories classiques, si un acte ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître, c'est qu'il présente celui d'un acte législatif ou d'un acte de gouvernement au sens de la jurisprudence *Rubin de Servens*³⁰. Cette dernière considère en effet, non seulement que la décision par laquelle le Président de la République met en application l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 présente « le caractère d'un acte de gouvernement »³¹, mais également que la décision instituant un tribunal militaire, prise pendant la période d'application des pouvoirs exceptionnels et portant sur des matières législatives, présente le caractère d'un acte législatif dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître.

Il peut également s'agir d'un acte non détachable de l'exercice des fonctions juridictionnelles.

S'ils ne revêtent évidemment pas le caractère d'actes législatifs, les actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel ne présentent pas davantage celui d'actes de gouvernement, car d'une part, « sont seuls susceptibles de recevoir cette qualification des actes émanant du pouvoir exécutif »³² et d'autre part, ils ne concernent pas les relations entre les pouvoirs publics constitutionnels mais portent « sur le fonctionnement d'un pouvoir public constitutionnel »³³.

Plus pertinent est le recours à la notion d'acte non détachable de l'exercice des fonctions juridictionnelles, tirée de la jurisprudence dite *Préfet de la Guyane*, qui distingue les actes relatifs à l'exercice de la fonction juridictionnelle de ceux relatifs à l'organisation du service public de la justice³⁴. Qu'ils soient édictés par un organe juridictionnel ou un organe administratif, les premiers seront insus-

28 C.E., Ass., 25 octobre 2002, *Brouant*, décision précitée, p. 346.

29 A. Chaminade, *op. cit.*, p. 86.

30 C.E., Ass., 2 mars 1962, *Sieurs Rubin de Servens et autres*, *Rec.* p. 143 ; *R.D.P.*, 1962, p. 294, conclusions Henry ; *J.C.P.*, G, n° 12613, conclusions ; *Dalloz*, 1962, p. 109, note Morange ; *R.D.P.*, 1962, p. 288, note Berlia ; *A.J.D.A.*, 1962, p. 214, note Galabert-Gentot.

31 *Eod. loc.*

32 F. Donnat et D. Casas, chronique précitée, p. 1335.

33 J.-P. Camby, note précitée, p. 1861.

34 T.C., 27 novembre 1952, *Officiers ministériels de Cayenne*, *Rec.* p. 642 ; *J.C.P.*, G, 1953, n° 7598, note Vedel.

ceptibles de recours devant le juge administratif tandis que les seconds le seront. Sont par exemple des actes non détachables de l'exercice de la fonction juridictionnelle, la décision prise par le Président du Gouvernement provisoire de la République française de rejeter le recours en grâce présenté au nom d'un requérant condamné à la peine de mort³⁵, le décret déférant le général Salan au Haut Tribunal Militaire³⁶ et la plainte adressée par une commune au procureur de la République aux fins de poursuites³⁷. Sont en revanche des actes détachables de l'exercice de la fonction juridictionnelle, et donc, de nature administrative, un décret portant suppression d'un tribunal³⁸, le défaut de constitution des tribunaux de première instance et d'appel dans le ressort de la Guyane, résultant du fait que le gouvernement n'a pas pourvu effectivement ces juridictions des magistrats qu'elles comportaient normalement³⁹ ou encore la décision par laquelle un procureur général près une Cour d'appel adresse un avertissement à un magistrat du parquet⁴⁰. Cette solution semble pertinente dans la mesure où il n'est guère plus contesté que le Conseil constitutionnel exerce des fonctions juridictionnelles. D'ailleurs, dans l'arrêt *Feier*, le tribunal administratif de Paris justifie l'injusticiabilité de la décision par laquelle le secrétaire général du Conseil constitutionnel refuse d'enregistrer et de soumettre au jugement dudit Conseil la requête par laquelle un requérant demande l'annulation du refus opposé par le préfet de la Martinique à sa demande d'une modification des horaires d'ouverture de bureaux de vote par le « concours direct de l'acte attaqué à l'exercice d'attributions juridictionnelles »⁴¹.

En apparence séduisante, la transposition de la jurisprudence dite *Préfet de la Guyane* aux actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel doit être tempérée. Si la spécificité de justice constitutionnelle ne constitue pas un obstacle dirimant si l'on se propose de distinguer, comme le fait le professeur Denys

35 C.E., 28 mars 1947, *Sieur Gombert*, *Rec.* p. 138 ; *Sirey*, 1947, III, p. 89, conclusions Céliér ; *R.D.P.*, 1947, p. 87, note Waline.

36 C.E., Sect., 11 mai 1962, *Sieur Salan*, *Rec.* p. 317 ; *R.D.P.*, 1962, p. 542, conclusions Henry.

37 T.C., 19 novembre 2001, *Visconti c/ Commune de Port-Saint-Louis du Rhône et autres*, *Rec.* p. 754.

38 C.E., Sect., 23 mai 1952, *Ville de Die*, *Rec.* p. 278.

39 T.C., 27 novembre 1952, *Officiers ministériels de Cayenne*, décision précitée.

40 C.E., Sect., 1^{er} décembre 1972, *Demoiselle Obrego (Nicole)*, *Rec.* p. 771 ; *R.D.P.*, 1973, p. 516, conclusions Grévisse ; *A.J.D.A.*, 1973, p. 37, conclusions ; *Droit social*, 1973, p. 346, conclusions ; *A.J.D.A.*, 1973, p. 31, note Cabanes et Léger ; *A.J.D.A.*, 1973, p. 339, note Bréchon-Moulène ; *Dalloz*, 1973, p. 190, note Robert ; *Dr. ouvrier*, 1973, p. 93, note Manville ; *J.C.P.*, 1973, n° 17324, note Blin ; *G.P.*, 1973, doctrine, n° 211, note Dreyfus.

41 T.A. de Paris, 11 octobre 2002, *Feier*, décision précitée.

de Béchillon dans sa thèse de doctorat, « la fonction de justice ordinaire »⁴² et « la fonction de justice constitutionnelle »⁴³ (à condition qu'elle soit entendue largement pour y inclure la fonction de justice électorale), et les actes qui y sont relatifs, la transposition de la jurisprudence dite *Préfet de la Guyane* connaît deux limites.

La première est son absence de conséquences sur la justiciabilité de l'acte relatif au Conseil constitutionnel. Si en droit administratif, cette distinction sert à déterminer les actes qui seront justiciables devant le juge administratif, en droit constitutionnel, les actes relatifs à l'office du Conseil constitutionnel seront en tout état de cause injusticiables devant le juge administratif, qu'ils soient relatifs à l'organisation du service public de la justice constitutionnelle ou non détachables de l'exercice de la fonction de justice constitutionnelle. Tel est le cas de la décision du Président de la République portant nomination d'un membre du Conseil constitutionnel⁴⁴ ainsi que de la décision du Président de la République de s'abstenir de déférer une loi au Conseil constitutionnel⁴⁵. Tout au plus cette distinction a-t-elle une conséquence sur le fondement de l'injusticiabilité de l'acte relatif au Conseil constitutionnel sera le fondement de cette injusticiabilité. Dans ces deux espèces, l'incompétence du juge de l'excès de pouvoir est justifiée par la théorie de l'acte de gouvernement. Implicitement dans la première, explicitement dans la seconde ou le Conseil d'État considère que l'acte, « indissociable de l'ensemble de la procédure législative », « touche ainsi aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels »⁴⁶.

La seconde est son extension aux actes d'autres organes constitutionnels, pourtant dépourvus de fonctions juridictionnelles. Tel est par exemple le cas du Conseil économique, social et environnemental. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une délibération par laquelle le bureau de ce Conseil se prononce sur la recevabilité d'une pétition présentée en application des dispositions précitées du troisième alinéa de l'article 69 de la Constitution et de l'article 4-1 de l'ordonnance du 29 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil économique, social et environnemental, la Cour administrative d'appel

42 D. De Béchillon (D. de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996, p. 138.

43 *Ibid.*, p. 169.

44 C.E., Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, décision précitée.

45 C.E., ord., 7 novembre 2001, *Tabaka*, *Rec.* p. 789 ; *R.D.P.*, 2001, p. 1645, note Jan ; *L.P.A.*, 2002, n° 59, p. 15, note Curtil.

46 *Eod. loc.*

de Paris, a considéré « qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître des actes qui se rattachent à l'exercice pas le Conseil économique, social et environnemental des missions qui lui sont confiées par la Constitution et les lois organiques prises sur son fondement »⁴⁷. Ce faisant, elle infirma la solution retenue par le Tribunal administratif, qui avait quant à lui considéré « que s'il résulte de l'article 69 de la Constitution et de l'ordonnance organique du 29 décembre 1958 [...] que le Conseil économique, social et environnemental est au nombre des pouvoirs publics constitutionnels, la décision par laquelle le bureau désigné en son sein statue sur la recevabilité d'une pétition présentée sur le fondement de l'article 69 de la Constitution, qui concerne les conditions d'ouverture d'un droit accordé aux citoyens et non les relations du conseil avec d'autres pouvoirs publics constitutionnels, a le caractère d'une décision administrative »⁴⁸. Le fondement de l'injusticiabilité de l'acte est donc le même que celui de l'injusticiabilité des actes rattachables à l'exercice du Conseil constitutionnel. Cependant, la raison de cette injusticiabilité, « liée non au statut d'organe constitutionnel du Conseil constitutionnel, mais à celui d'organe à caractère juridictionnel, n'est [...] pas transposable au CESE »⁴⁹.

« Non classables »⁵⁰, on ne peut sans doute rien faire de mieux que de soutenir que ces actes constituent une catégorie *sui generis* d'actes insusceptibles de recours devant le juge administratif, que la doctrine a pu libeller, en voulant à tout prix les étiqueter, la catégorie des « actes constitutionnels institutionnels »⁵¹ voire des « actes institutionnels injusticiables »⁵². Cependant, la première catégorie, proposée par Élise Carpentier approfondissant les travaux de son directeur de thèse le doyen Favoreu⁵³ et opposée à celle des « actes constitutionnels individuels »⁵⁴, n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle englobe non seulement les actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel mais également les règlements des assemblées parlementaires, les lois quelles qu'elles soient dès lors qu'elle sont entrées en vigueur après la Constitution, le dépôt ou

47 C.A.A. Paris, 6 juin 2016, *M. Philippe Brillault c/ Président du Conseil économique, social et environnemental*, *R.F.D.A.*, 2016, p. 810 ; *R.F.D.A.*, 2016, p. 799, conclusions Romnicanu ; p. 811, note anonyme.

48 T.A. Paris, 30 juin 2014, *M. Brillault*, *A.J.D.A.*, 2014, p. 1354 ; *A.J.D.A.*, 2014, p. 2076, note de Dieuleveult.

49 M. Romnicanu, conclusions précitées, p. 804.

50 L. Favoreu, note précitée, p. 11.

51 É. Carpentier, « L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable », *R.F.D.A.*, 2006, p. 661.

52 Note anonyme précitée, p. 813.

53 L. Favoreu, note précitée, p. 11.

54 É. Carpentier, « L'acte de gouvernement... », *op. cit.*, p. 664.

l'adoption d'une motion de censure, les actes législatifs pris par les organes gouvernementaux, les décrets de promulgation, de dissolution, les actes pris dans l'exercice du pouvoir juridictionnel ordinaire, la décision de ratifier ou approuver un engagement international, la décision d'opposer le secret-défense, la décision d'engager la procédure de délégalisation de même que celle d'engager la procédure d'empêchement du Président de la République. La seconde, proposée par le rapporteur public Romnicanu, ne l'est pas davantage dans la mesure où elle englobe non seulement les actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel mais également les actes de gouvernement et les actes parlementaires⁵⁵. Les actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel échappent donc aux catégories classiques des actes insusceptibles de recours devant le juge de l'excès de pouvoir. Scientifiquement non satisfaisantes, ces catégories ne permettent pas de cerner la spécificité de l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel, qui, si elle revêt un caractère objectif devant le juge de l'excès de pouvoir, se subjectivise devant le juge des référés.

II. Une injusticiabilité subjective devant le juge des référés

Dans le contentieux des référés, l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel, qui désigne le refus du juge de connaître de demandes tendant à la prescription d'une mesure d'urgence au Conseil constitutionnel, revêt un caractère subjectif dans la mesure où elle traduit l'impossibilité d'obtenir du juge la satisfaction individuelle d'un droit. L'intervention de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a en effet considérablement accéléré le mouvement de subjectivisation du contentieux administratif français. Douteuse relativement aux offices traditionnels du Conseil constitutionnel (A), la subjectivité de l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel est certaine à propos des actes rattachables à l'office du juge de la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après Q.P.C.) (B).

⁵⁵ Sur ce point, v. V. Barbé, « L'injusticiabilité des actes parlementaires », *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, op. cit., p. 11-28.

A. UNE SUBJECTIVITÉ DOUTEUSE DE L'INJUSTICIABILITÉ DES ACTES RATTACHABLES AUX OFFICES TRADITIONNELS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Dans le contentieux des référés, l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel désigne le refus de ce dernier de connaître de demandes tendant à la prescription d'une mesure d'urgence au Conseil constitutionnel, au motif que celle-ci échappe manifestement à sa compétence, en application de l'article L. 522-3 du Code de justice administrative. En effet, avec le défaut d'urgence, l'irrecevabilité manifeste et la demande manifestement mal fondée, l'incompétence de la juridiction administrative constitue un motif de rejet d'une demande de référé. Ainsi, une demande de suspension d'un acte de gouvernement ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative et peut donc être rejetée selon cette procédure. Tel fut par exemple le cas à propos de la décision des autorités françaises d'autoriser les avions militaires américains et britanniques qui accomplissaient des missions en Irak à emprunter l'espace aérien français, qui n'était pas détachable de la conduite des relations internationales de la France⁵⁶ et de l'acte par lequel le Président de la République décide, par application du troisième alinéa de l'article 89 de la Constitution, de soumettre un projet de révision constitutionnelle préalablement adopté en termes identiques par les deux assemblées au Parlement convoqué en Congrès, qui touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels⁵⁷. Classique en matière d'actes de gouvernement, cette solution est appliquée dans le cadre de référés administratifs portant sur des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel, notamment lorsque ce dernier intervient sur le fondement de ses chefs de compétence traditionnels.

En premier lieu, le juge des référés l'applique lorsqu'il statue sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative. Ce dernier dispose qu'« en cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ». Dans ce cadre, il a rejeté une requête tendant à ce qu'il ordonne au Secrétaire général du Conseil constitutionnel de faire figurer au nombre des affaires en instance sur le site internet de cette institution le recours

⁵⁶ C.E., ord., 10 avril 2003, *Comité contre la guerre en Irak et autres*, *Rec. Tables*, p. 707 et 914.

⁵⁷ C.E., ord., 22 février 2005, *Hoffer*, *Rec. Tables*, p. 691 et 1023.

en rectification d'erreur matérielle qu'un requérant avait formé à l'encontre de la décision n° 2004-3389/3400 du 25 novembre 2004 par laquelle le Conseil constitutionnel avait rejeté sa requête tendant à l'annulation des opérations électorales auxquelles il avait été procédé le 26 septembre 2004 pour la désignation des sénateurs représentant les Français établis hors de France⁵⁸ ainsi que de lui communiquer la décision par laquelle il a désigné un rapporteur pour instruire ce recours⁵⁹. Tel fut également le cas d'une requête tendant à ce qu'il ordonne au président du Conseil constitutionnel de faire délibérer à nouveau le Conseil constitutionnel, hors la présence de Mme Simone Veil, sur la requête dont le Conseil a été saisi relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe, ainsi que sur les demandes d'avis relatives à ce traité émanant du Secrétaire général du Gouvernement⁶⁰.

En second lieu, il l'applique également lorsqu'il statue sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. Ce dernier dispose que « quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ». Dans ce cadre, il a rejeté des requêtes tendant à ce qu'il ordonne la suspension de la décision de Mme Simone Veil, de suspendre ses fonctions de membres du Conseil constitutionnel à compter du 1^{er} mai 2005 jusqu'à la proclamation des résultats du référendum du 29 mai 2005 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe⁶¹ ainsi que la décision du secrétaire général du Conseil constitutionnel de rendre publics sur le site de cette institution, avant la proclamation des résultats par le Conseil, les totaux arrêtés par les commissions locales de recensement⁶².

Plus affirmée que dans le contentieux de l'excès de pouvoir, la subjectivité de l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel apparaît toutefois douteuse, les contentieux constitutionnels pour lesquels a été appliquée cette solution (contentieux des élections sénatoriales et contentieux

58 C.E., ord., 26 janvier 2005, *Hoffer*, req. n° 276667.

59 C.E., ord., 3 février 2005, *Hoffer*, req. n° 277167.

60 C.E., ord., 9 mai 2005, *Hoffer*, n° 280215.

61 C.E., ord., 6 mai 2005, *Hoffer*, *Rec.*, p. 185

62 C.E., ord., 2 juin 2005, req. n° 281044

constitutionnel des traités ou accords) conservant une part irréductible d'objectivité. C'est le cas s'agissant du contentieux des élections sénatoriales, notwithstanding l'exigence constitutionnelle d'une « contestation », qui a pour objet la régularité de l'élection des sénateurs. D'ailleurs, en contentieux administratif, le professeur Fabrice Melleray, proposant une classification finaliste des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale, inséra les actions électorales parmi les actions holistes⁶³. C'est d'autant plus vrai s'agissant du contentieux constitutionnel des traités ou accords, qui a pour objet la conformité à la Constitution d'un engagement international. En tout état de cause, ces contentieux ne visent pas la satisfaction individuelle d'un droit. D'ailleurs, la jurisprudence en la matière est le résultat de l'action de « requérants d'habitude »⁶⁴. Si l'action de ces derniers peut être personnelle, comme peut l'être celle de « la "victime" d'une injustice personnelle »⁶⁵, celle du « persécuté »⁶⁶, celle du « rancunier »⁶⁷, elle est aussi et surtout objective, comme peut l'être celle du « politique »⁶⁸ ou du « chevalier blanc »⁶⁹, catégories susceptibles d'inclure, avec quelques nuances, celle du truculent M. René Georges Hoffer.

B. UNE SUBJECTIVITÉ CERTAINE DE L'INJUSTICIABILITÉ DES ACTES RATTACHABLES À L'OFFICE DU JUGE DE LA Q.P.C.

La subjectivité de l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel est nouvelle et résulte de sa récente application dans le cadre d'un référé-liberté relatif à l'intervention du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, autrement dit de la Q.P.C. Dans cette hypothèse, le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Ce dernier dispose que « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une

63 F. Melleray, « Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale », *L.G.D.J.*, 2001, p. 328-331.

64 V., sur ce point, F. Lemaire, « Les requérants d'habitude », *R.F.D.A.*, 2004, p. 554-572.

65 *Ibid.*, p. 557.

66 *Ibid.*, p. 558.

67 *Ibid.*, p. 559.

68 *Eod. loc.*

69 *Ibid.*, p. 560.

personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». Dans ce cadre, il a rejeté une requête tendant à ordonner le renvoi d'une audience fixée le 7 juin 2016 devant le Conseil constitutionnel ainsi qu'à ordonner au Secrétaire général du Conseil constitutionnel de délivrer au requérant l'avis mentionné à l'article 1 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel pour les Q.P.C.⁷⁰. Ce dernier prévoit que le secrétaire général du Conseil constitutionnel avise « les parties à l'instance ou, le cas échéant, leurs représentants » ainsi que les quatre plus hautes autorités de l'État (Président de la République, Premier ministre, Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat). Certaine, la subjectivité de l'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du juge de la Q.P.C. l'est assurément dans la mesure où elle vise la satisfaction individuelle d'un droit procédural : la délivrance d'un avis.

La délivrance d'un avis n'est d'ailleurs pas le seul droit procédural attaché à la qualité de partie dans le contentieux de la Q.P.C., cette nouvelle voie de droit ayant introduit avec force la notion de parties en contentieux constitutionnel⁷¹. Reconnu à toutes les personnes présentes à la procédure devant le juge du fond ou devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, la qualité de partie confère un certain nombre de droits procéduraux au justiciable constitutionnel. Ceux-ci peuvent présenter contradictoirement leurs observations écrites et, le cas échéant, produire des pièces au soutien de celles-ci, avoir connaissance de celles des autres parties, autorités voire intervenants, charger une personne de les représenter, demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel, être informés de l'inscription de l'affaire à l'ordre du jour et de la date de l'audience, assister aux auditions lorsque, pour les besoins de l'instruction, le Conseil décide d'y recourir, se voir communiquer les griefs susceptibles d'être relevés d'office, demander au Président du Conseil constitutionnel de restreindre la publicité de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes l'exigent, être consultés sur l'opportunité de la diffusion de l'audience sur le site internet du Conseil constitutionnel ou d'une rectification d'office, avoir leur nom compris dans ses décisions, saisir le Conseil constitutionnel d'une demande en

70 C.E., ord., 6 juin 2016, n°400382 ; D.A., 2016, n° 11, p. 18, note Charité.

71 V., sur cette question, T. Santolini, *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruylant, 2010, 436 p.

rectification d'erreur matérielle d'une de ses décisions, dans les vingt jours de la publication de la décision au *Journal officiel*.

L'importance quantitative des droits procéduraux conférés au justiciable dans le cadre de la Q.P.C. – et *a fortiori* la subjectivisation des voies de droit ouvertes devant le Conseil constitutionnel – est peu compatible avec la persistance de l'injusticiabilité des actes relatifs à son office devant le juge administratif, notamment eu égard aux exigences de l'État de droit et de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces exigences, on le sait, sont applicables aux juridictions constitutionnelles. Ainsi, dans l'arrêt *Ruiz-Mateos c/ Espagne* du 23 décembre 1993⁷², la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « lorsque le droit national prévoit l'existence d'une telle juridiction dont l'accès est ouvert directement ou indirectement aux justiciables, les procédures qui se déroulent devant elles doivent respecter les principes de l'article 6 § 1 de la Convention lorsque la décision à rendre peut influencer sur l'issue du litige civil dont il est débattu devant les juridictions ordinaires ». De nombreuses juridictions constitutionnelles ont d'ailleurs été condamnées sur le terrain du délai non raisonnable. Tel est le cas du tribunal de Karlsruhe⁷³, des tribunaux constitutionnels espagnol⁷⁴ et portugais⁷⁵ ou encore de la Cour constitutionnelle croate⁷⁶. En revanche, cette disposition n'a jamais été appliquée au Conseil constitutionnel que ce soit au titre du contrôle préventif et abstrait qu'à celui du contentieux électoral, du fait de son caractère politique⁷⁷.

Cependant, en l'absence de procédure de résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels⁷⁸, qui n'admettent d'ailleurs jamais les juges comme sujets comme c'est le cas en Allemagne ou en Espagne, la possibilité d'un traitement contentieux des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel paraît obscure, à moins qu'elle ne se réalise devant le Conseil constitutionnel lui-même, ce qui contredirait l'adage latin *nemo iudex in causa propria*.

72 Cour E.D.H., 23 décembre 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne* ; req. n° 12952/87 ; *A.J.D.A.*, 1994, p. 16, chronique Flauss.

73 Cour E.D.H., 18 octobre 2001, *Mianowicz c/ Allemagne*, req. n° 42505/98.

74 Cour E.D.H., 11 octobre 1990, *Diaz A paricio c/ Espagne*, req. n° 49468/99.

75 Cour E.D.H., 25 juillet 2002, *Rosa Marques et autres c/ Portugal*, req. n° 48187/99.

76 Cour E.D.H., 2 mars 2009, *Sandra Jankovic c/ Croatie*, req. n° 38478/05.

77 Cour E.D.H., 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France*, req. n° 24194/94 ; *A.J.D.A.*, 1998, p. 65, note Burgogue-Larsen ; *Dalloz*, 1998, p. 208, observations Perez ; *R.F.D.A.*, 1998, p. 999, note Jan ; *R.S.C.*, 1998, p. 391, observations Koering-Joulin.

78 V., sur ce point, É. Carpentier, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Fondation Varenne, 2006, 545 p.

L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison : essai d'interprétation historique

Tristan Pouthier, Professeur à l'Université d'Orléans

« Le temps n'est plus », déclarait Patrick Frydman dans ses conclusions sur les arrêts d'assemblée *Hardouin* et *Marie* du 17 février 1995, « où ces deux institutions [la prison et l'armée], vivant repliées sur elles-mêmes, étaient communément perçues par la société comme largement soustraites au droit – et où la notion de mesure d'ordre intérieur pouvait ainsi trouver à s'appliquer, sans que personne n'en fût choqué, à des actes portant en réalité des atteintes substantielles aux libertés ou à la situation juridique des détenus »¹.

Ce temps-là n'est plus, en effet. Il semble si éloigné que l'on peine à croire que le juge administratif ait pu écarter jusqu'en 1995 l'examen de la quasi-totalité des décisions prises par l'administration au sein des prisons². Un tel refus ne semble pas, avec le recul, seulement pusillanime, mais inconcevable : si c'est

¹ *RFDA*, 1995, p. 353.

² Le bloc des mesures d'ordre intérieur en milieu carcéral ne commence à se fissurer que quelques années avant le renversement de principe opéré par l'arrêt *Marie*, le juge administratif acceptant au cas par cas d'examiner la légalité de certaines décisions : refus de respecter le secret des correspondances entre un détenu et son avocat (CE, 12 mars 1980, *Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines*, Leb. 141), refus de restituer des sommes bloquées sur le compte d'un détenu (CE, 3 novembre 1989, *Pitalugue*, Leb. T. 772), interdiction de recevoir certaines publications (CE, 10 octobre 1990, *Garde des Sceaux c/ Hyver*, Leb. T. 911), décisions relatives au nombre ou à l'espacement des repas des détenus (CE, 15 janvier 1992, *Cherbonnel*, Leb. 19).

le plus haut fait historique du juge administratif français d'avoir ouvert contre tout acte administratif un recours pour excès de pouvoir visant à assurer le respect de la légalité, selon la formule célèbre de l'arrêt *Dame Lamotte*, comment comprendre qu'il ait refusé de porter son contrôle juridictionnel au sein du lieu qui incarne jusqu'à la caricature le danger d'un tel excès ? Et d'apporter par là ce qui nous paraît être la garantie suprême contre l'arbitraire, celle du juge, à des individus « qui se trouvent dans un état de servitude légale »³ ?

On aimerait tout au moins trouver à cette réserve un semblant d'explication dans les décisions qui ont égrené la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur en prison. Mais rien. En décembre 1929, le sieur Brunaux se voit infliger une punition de quinze jours de cellule par le directeur de l'administration pénitentiaire du Havre, punition portée à soixante jours par le ministre de la justice. Saisi d'un recours en annulation contre ces sanctions disciplinaires, le Conseil d'État se contente de constater, dans un arrêt du 28 juillet 1932, que « les questions soulevées par le sieur Brunaux sont relatives à la régularité des mesures d'ordre intérieur prises à l'égard d'un détenu par l'administration pénitentiaire ; qu'elles ne sauraient dès lors être portées devant le Conseil d'État statuant au contentieux »⁴. Un demi-siècle plus tard, le commissaire du gouvernement Bruno Genevois propose à l'assemblée du contentieux de revenir sur cette jurisprudence à propos d'une décision de placement du sieur Caillol en « quartier de plus grande sécurité »⁵. Peine perdue : une telle décision, juge le Conseil d'État dans son arrêt du 27 janvier 1984, « constitue une mesure d'ordre intérieur non susceptible d'être déférée au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ». Un tel laconisme semble conspirer à désigner la prison comme une forteresse impénétrable aux exigences de la légalité ordinaire qui sont censées protéger le moindre citoyen – et la contradiction avec la logique profonde du recours pour excès de pouvoir n'en est que plus manifeste et choquante⁶.

3 Instruction du 8 juin 1842 sur l'organisation des prétoires de justice disciplinaire dans les maisons centrales, signée du ministre de l'intérieur Tanneguy Duchâtel. V. *Code des prisons, ou Recueil complet des lois, ordonnances, arrêtés, règlements, circulaires et instructions ministérielles concernant le régime intérieur, économique et disciplinaire des maisons d'arrêt, maisons de justice, maisons de correction, maisons de force, et autres prisons préventives ou pour peines, placées sous l'autorité du ministre de l'intérieur*, Paris, Imprimerie administrative de Paul Dupont, 1845, p. 381 s.

4 Leb. 816.

5 B. Genevois, conclusions sur CE Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, RDP, 1984, p. 483.

6 Patrick Frydman remarque dans ses conclusions précitées que la « faiblesse des justifications théoriques » de la jurisprudence des mesures d'ordre intérieur se trouve « mise en lumière par le caractère éminemment

Se tournera-t-on alors vers la doctrine ? Celle-ci ne se montre pas beaucoup plus diserte que le juge administratif, et cache à peine son embarras vis-à-vis d'une jurisprudence fondée sur « des motifs d'opportunité, beaucoup plus que [sur] les exigences de la logique pure »⁷. Deux justifications reviennent régulièrement pour expliquer l'invocation des mesures d'ordre intérieur dans les institutions fermées que sont la prison, l'école et l'armée. Premièrement, le juge veut se prémunir contre un afflux de requêtes visant tout une végétation de décisions de faible importance qui font la vie de ces institutions (comme d'ailleurs de toutes les administrations) : *de minimis non curat praetor*. Deuxièmement, ces institutions obéissent à des exigences disciplinaires particulièrement rigoureuses qui excluent l'intervention d'un juge. La jurisprudence des mesures d'ordre intérieur, écrivent en 1975 Jean-Marie Auby et Roland Drago dans leur *Traité de contentieux administratif*, « semble reposer sur une considération d'intérêt général, celle d'éviter ou de limiter le contentieux dans des services publics où le maintien de la discipline est particulièrement nécessaire. C'est à ce titre qu'elle exclut le recours, estimant que cet intérêt l'emporte sur celui de laisser subsister certains actes illégaux. »⁸ Ils se hâtent d'ajouter, remarquons-le, que, « dans le cas des décisions que le juge regarde comme suffisamment graves, le principe de légalité reprend son empire et le recours pour excès de pouvoir peut être exercé ». Sans donner cependant aucun exemple touchant à la prison, ce qui relativise singulièrement l'invocation de la « gravité » d'une mesure comme limite de son injusticiabilité. Le président Odent estime pour sa part, dans son cours de contentieux administratif, que la plupart des mesures d'ordre intérieur « représentent le vestige d'une vieille tradition qui, dans les services publics où la discipline doit être particulièrement ferme, conserve aux autorités responsables une marge de pouvoir dont elles peuvent user discrétionnairement, arbitrairement même, sans aucun contrôle juridictionnel »⁹.

elliptique de la motivation adoptée par les arrêts rendus en la matière, qui [...] se sont toujours bornés à affirmer en termes péremptoires que ces actes « constituaient des mesures d'ordre intérieur », sans expliciter aucunement les motifs conduisant à leur reconnaître cette qualification. »

7 R. Odent, *Contentieux administratif*, vol. 1, p. 784.

8 *Traité de contentieux administratif*, 2^e éd., LGDJ, 1975, vol. 2, p. 195-196. « L'irrecevabilité des recours, contraire aux principes de l'État de droit, n'a aucun fondement théorique et ne peut se réclamer d'aucun principe juridique. [...] Il s'agit d'éviter notamment que les détenus, pouvant facilement accéder à des conseils juridiques puissent, pour des raisons plus ou moins sérieuses, attaquer les mesures les concernant et compromettre la discipline nécessaire des établissements pénitentiaires. » (J.-M. Auby, « Le contentieux du service public pénitentiaire », *Revue du droit public et de la science politique*, 1987, p. 569).

9 R. Odent, *op. cit.*, loc. cit.

Conserver, donc, une sorte d'immunité juridictionnelle de principe au pouvoir disciplinaire là où celui-ci se doit d'être particulièrement ferme : telle serait, selon la doctrine, la justification ultime des mesures d'ordre intérieur dans le domaine carcéral. Mais *pourquoi* le pouvoir disciplinaire requerrait-il une telle immunité ? En quoi ses exigences propres et le contrôle juridictionnel de légalité seraient-ils mutuellement exclusifs ? Serait-ce parce qu'un directeur d'école ou un directeur de prison rendent leurs décisions disciplinaires sur la base d'une expérience très concrète et très spécifique propre à leur institution, ce qui expliquerait que le juge administratif soit « assez mal armé pour apprécier » de telles décisions, comme le suggérait en passant le président Odent ? Ou bien s'agirait-il d'une « volonté de préserver l'autorité de l'administration », selon une formule utilisée par David Bouju dans sa riche étude publiée en 2005 sur « Le détenu face aux mesures d'ordre intérieur »¹⁰ ? C'est que l'*autorité* de par sa nature même, on le sait, supporte beaucoup moins bien la contestation que le *pouvoir* : « sa caractéristique essentielle », écrivait Hannah Arendt, « est que ceux dont l'obéissance est requise la reconnaissent inconditionnellement »¹¹, ce qui s'accorde mal avec l'intervention d'un tiers extérieur à l'institution.

Ce sont là des explications possibles à la réserve du juge administratif face aux mesures d'ordre intérieur ; mais, à vrai dire, celui-ci ne nous les a jamais fournies, et la doctrine guère plus. Si, en outre, cette volonté de conserver au pouvoir disciplinaire une marge de pure autonomie est la justification la plus profonde de l'injusticiabilité des mesures d'ordre intérieur, force est de constater que cette justification est la moins à même de toutes de convaincre aujourd'hui. Ainsi, c'est le premier des arguments en faveur des mesures d'ordre intérieur qu'examine Patrick Frydman dans ses conclusions sur les arrêts *Hardouin* et *Marie*, et c'est celui qu'il écarte avec le plus de facilité, pour ne pas dire de hauteur : « Le premier [argument], tiré de ce que l'existence d'une voie de recours juridictionnelle à l'encontre des sanctions prononcées serait de nature à porter atteinte à l'autorité du commandement hiérarchique et à la discipline, ne nous arrêtera pas longtemps. Pareille affirmation procède en effet d'une conception à nos yeux erronée de ces dernières notions, lesquelles ne sauraient en aucun cas se confondre avec celle d'arbitraire. » De même, David Bouju dans son étude

¹⁰ *Revue du droit public et de la science politique*, 2005/3, p. 597 s.

¹¹ *Du mensonge à la violence*, Pocket, 1989, p. 145.

précitée : « Même si la discipline est un élément important de la régulation pénitentiaire, et même si hors du champ disciplinaire, les contraintes sécuritaires qui pèsent sur l'administration sont prégnantes, cela ne peut justifier une absence totale de contrôle juridictionnel. En effet, l'administration doit bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire et d'une marge d'appréciation importante. Mais ce pouvoir ne peut en aucun cas tendre vers l'arbitraire. » Ces formules sont frappantes, parce qu'elles ne font d'une certaine manière qu'énoncer une plate évidence. Mais dans cette platitude même, elles concentrent toute la force de l'époque du droit où nous vivons. L'administration ne peut *évidemment* prendre de décisions arbitraires ; cette exigence est *évidemment* particulièrement prégnante dans le sein d'institutions où les individus se trouvent dans un état d'assujettissement poussé à l'administration ; et il n'y a *évidemment* pas de meilleure garantie contre l'arbitraire administratif que le contrôle du juge. Tout ceci est d'une logique imparable, et nous nous trouvons ramenés à la question de départ. Comment expliquer que le juge administratif ait pu se satisfaire d'une contradiction aussi déchirante entre son office de juge de l'excès de pouvoir et sa réserve vis-à-vis de l'institution carcérale, dans la longue période qui s'étend depuis la naissance du recours pour excès de pouvoir sous le Second Empire, jusqu'au somme toute assez récent arrêt *Marie* (17 février 1995), en passant par l'arrêt *Sieur Brunaux* (28 juillet 1932) qui désignait les mesures disciplinaires prises dans le milieu carcéral comme des mesures d'ordre intérieur, et par l'arrêt *Dame Fargeaud d'Epied* du Tribunal des conflits (22 février 1960) qui confiait au juge administratif le contrôle des actes se rattachant au fonctionnement du service public pénitentiaire ?

Le juge administratif, encore une fois, ne nous a pas dit pourquoi il s'était tenu sur le seuil des prisons pendant des décennies. Il nous a dit en revanche pourquoi il y était entré. « La justice », déclarait en une formule fameuse la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, « ne saurait s'arrêter à la porte des prisons » ; et c'est sous le patronage de cette juridiction que Patrick Frydman a proposé à l'Assemblée du contentieux de changer entièrement sa perspective sur les mesures d'ordre intérieur. Pour dire les choses d'un mot, ce n'est pas le Conseil d'État en tant que traditionnel juge de la légalité qui a rompu avec sa longue réserve à l'égard des prisons – Bruno Genevois a échoué de manière révélatrice à le faire changer de position sur ce fondement dans l'affaire *Caillol* –, mais le Conseil d'État dans ses habits neufs de protecteur des droits et libertés fonda-

mentaux. Ici s'offre, pour le coup, la possibilité d'une interprétation historique de l'injusticiabilité en prison et du mouvement qui y a mis fin.

Il serait certainement risqué en effet de spéculer, dans le silence des arrêts et des conclusions, sur les conceptions et motivations individuelles des générations de conseillers d'État qui ont perpétué la jurisprudence des mesures d'ordre intérieur, pour expliquer *a posteriori* leur laconisme qui nous paraît si dur. Si en revanche le juge administratif a tû, durant des décennies, les raisons de sa réserve, l'administration, elle, n'a jamais cessé de discourir sur les prisons depuis la Révolution – depuis que l'emprisonnement a été considéré, selon la formule de Pellegrino Rossi, comme « la peine par excellence dans les sociétés civilisées »¹², se substituant ainsi aux peines corporelles de l'Ancien régime. Il est donc possible, en se penchant sur les rapports, circulaires et textes réglementaires qui émaillent l'histoire post-révolutionnaire de la prison en France, de comprendre la signification de l'institution à l'écart de laquelle se tenait le juge – sa signification, c'est-à-dire son « idée directrice » pour reprendre la formule d'Hauriou¹³, ou encore sa raison morale.

Cette approche historique nous autorise à écarter dès à présent certains malentendus possibles. Ce serait une erreur particulièrement grossière, tout d'abord, de croire que la prison ait jamais été avant que le juge n'y pénètre un lieu abandonné à son sort, où l'administration aurait relégué dans l'oubli les indésirables de la société, comme dans les cachots sous-terrains de l'imagerie médiévale : elle a été, bien au contraire, un objet de préoccupation constante de la part de tous les régimes, à partir surtout de la Restauration. Dira-t-on cependant que la prison, si elle n'était pas un lieu d'oubli, était cependant un lieu *hors-le-droit*, abandonné à l'arbitraire de l'administration pénitentiaire ? Ce serait tout aussi inexact, et contradictoire d'ailleurs avec l'obsession qui a été celle du XIX^e siècle de trouver le meilleur des « systèmes pénitentiaires », ce qui supposait évidemment une réglementation rigoureuse. La dénonciation rémanente, depuis une vingtaine d'années, de l'absence d'un « véritable » droit pénitentiaire doit ainsi être comprise sur un plan qualitatif beaucoup plus que quantitatif : ce que l'on dénonce, ce n'est pas l'absence de règles en général, mais l'absence d'un système pensé et cohérent de règles protectrices des droits et libertés fondamentaux des détenus. C'est en ce sens, par exemple, que le rapport

¹² P. Rossi, *Traité de droit pénal*, 3^e éd., vol. 2, Paris, Guillaumin et Cie, 1863, p. 306.

¹³ V. M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) » in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud, 1933, p. 98.

Canivet de décembre 2000 parle d'un « droit de la prison encore inachevé », ou de l'émergence progressive d'un « véritable droit de la prison », ou des « progrès du droit de la prison »¹⁴ : cet achèvement en cours, ce progrès, ne se conçoivent que vis-à-vis de l'horizon de la garantie des droits des détenus. Le « véritable droit de la prison », quoi qu'il en soit, ne vient pas combler un vide de règles juridiques ; il modifie ou complète un système de règles préexistant. Mais précisément : la prison, à défaut d'être un lieu simplement hors-le-droit, hors-la-légalité, n'était-elle pas du moins un milieu qui *niait le détenu comme sujet de droits et libertés fondamentaux* ? Cette fois-ci nous touchons au cœur du problème. Car il est une dernière fausse représentation qu'il convient selon nous d'écarter, selon laquelle la société libérale jusqu'aux années 1970 aurait réservé les droits de l'homme aux seuls membres de la société civile, tandis qu'en auraient été volontiers dépouillés tous ceux qui intégraient des institutions fermées : asiles psychiatriques, casernes, écoles, prisons. Nul ne pourrait nier que ces institutions aient été dures, parfois inhumaines selon nos conceptions actuelles ; ni que ceux qui s'y trouvaient renfermés y aient été traités en assujettis. On ne peut affirmer en revanche que le libéralisme (à défaut du juge) se soit jamais arrêté sur le seuil de ces institutions.

Il ne s'agit certes pas de minimiser la rupture qu'a représenté la pénétration de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans le milieu carcéral ; mais de comprendre pourquoi on a commencé de considérer que celle-ci était une exigence impérieuse. Il convient pour cela de replacer l'abandon de la jurisprudence traditionnelle sur les mesures d'ordre intérieur dans un cadre plus large. Le dernier quart du XX^e siècle a en effet vu l'avènement d'un nouvel âge du libéralisme où les droits de l'homme se sont redéployés dans un univers moral foncièrement opposé à celui de la société dite « bourgeoise » du XIX^e siècle. Nous sommes passés autrement dit d'un âge des droits individuels qui intégrait la possibilité d'un assujettissement local des individus au sein de certaines institutions fortement disciplinaires, *sans que cela soit contradictoire* avec leur nature fondamentale d'être de droits ; à un âge des droits individuels qui ne permet plus de tenir ensemble l'idée d'assujettissement et l'idée de droits inaliénables. Une telle articulation supposait en effet que soit reconnue la raison morale qui fondait ces institutions fermées dans la société bourgeoise ; or celles-ci ont

14 Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires : rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, remis en décembre 2000, La documentation française.

connu une brutale délégitimation, une perte de sens qui a rendu insupportable la situation d'assujettissement dans laquelle s'y trouvaient les individus. C'est le sens de l'interprétation historique que nous souhaiterions proposer ici dans le cas spécifique de la prison.

Un retour sur les origines de la prison moderne se révèle particulièrement éclairant dans cette perspective. En effet, la prison a été principalement pensée et organisée à l'époque de la monarchie constitutionnelle (1814-1848), et sous l'influence de théoriciens libéraux. Or le libéralisme d'alors – que l'on qualifie habituellement de « doctrinaire » – présente ceci de commun avec le nôtre qu'il est volontiers ratiocinant, inscrivant de manière explicite son œuvre législative dans une interprétation philosophique de sa situation historique : la Révolution était à ses yeux le temps de la liberté sans ordre ; la période napoléonienne était le temps de l'ordre sans la liberté ; le régime de la Charte sera le temps de la liberté organisée. Dans cette perspective, tout le travail d'organisation de la société issue de la Révolution est pensé comme une vaste concrétisation multiforme de l'idée du droit individuel. La prison, comme nous allons le voir, ne fait pas exception : l'ordre intérieur carcéral qui se constitue à l'époque, et qui est essentiellement celui qui a perduré jusqu'aux années 1970, se veut une déclinaison particulière de la théorie libérale. A notre sens, la rupture qui a déterminé la pénétration de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux en prison est moins un rejet de la *réalité concrète* de la prison issue du XIX^e siècle – dont nul ne songerait à nier la dureté – que de la conception morale qui la sous-tendait. Le juge administratif a certes pénétré dans le monde carcéral en tant que protecteur des droits et libertés fondamentaux ; mais il l'a fait dans un contexte plus général où l'action traditionnelle de l'administration dans les prisons se trouvait frappée d'illégitimité morale. Le juge administratif n'avait pas de rôle particulier à jouer dans l'économie morale traditionnelle de l'ordre intérieur carcéral tel qu'il s'est constitué dans la première moitié du XIX^e siècle, à l'époque de la monarchie constitutionnelle (I) ; il joue en revanche un rôle fondamental dans le cadre du passage du « détenu-sujet » au « détenu-citoyen », pour reprendre une formule célèbre de Jean Favard¹⁵ (II).

15 J. Favard, « Le détenu citoyen », *Justice et psychiatrie*, éd. M. Colin et P. Couvrat, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'École nationale de la magistrature, 1993, p. 123-130.

I. Retour sur la constitution de l'ordre intérieur carcéral à l'ère du « détenu-sujet »

Au sortir de la période révolutionnaire et impériale, les prisons françaises présentent un tableau désolant : lieux d'anarchie où les prisonniers sont entassés sans que soit respectées ni la séparation entre les prévenus et les condamnés, ni la séparation entre les différentes classes de condamnés ; lieux d'abus systématiques, où une surveillance administrative défectueuse livre les détenus aux mauvais traitements et aux prédatations des geôliers ; lieux enfin de misère matérielle, où sévit une mortalité effrayante¹⁶. En réaction à cette situation de fait déplorable s'établit, d'abord (un peu) sous la Restauration, puis (principalement) sous la monarchie de Juillet, le régime moderne des prisons en France. L'urgence est bien alors d'établir *un ordre* pour succéder à l'état factuel d'anarchie et de misère matérielle des lieux de détention à la fin de l'Empire. Mais cette exigence minimale n'explique pas à elle seule le phénomène – matériel, juridique et moral – massif qui se produit alors : la constitution de la prison en institution séparée et spécifique.

En effet, les rapports, circulaires, instructions et règlements qui se succèdent durant cette période organisent et laissent apparaître tout à la fois la formation progressive d'un ordre intérieur carcéral reposant sur une logique propre. Or cet ordre naissant relève fondamentalement de la compétence de l'administration : il recouvre à la fois « l'administration, le régime et la police intérieure des maisons », pour reprendre les termes d'un arrêté ministériel du 20 octobre 1810¹⁷. Cette distinction des matières est utile pour comprendre la constitution de l'ordre intérieur carcéral. Celui-ci se veut d'abord un *régime* cohérent, déterminé par une théorie de la prison. Une telle théorie constitue l'idée directrice ou la raison morale de l'institution carcérale : c'est elle qui va,

16 Deux sources permettent de se faire une idée à cet égard. D'une part, les rapports de la Société royale des prisons créée par une ordonnance royale du 9 avril 1819 – société qui, d'après ses statuts, « [concourt] avec l'administration publique à apporter dans les prisons du royaume toutes les améliorations que réclament la religion, la morale, la justice et l'humanité ». D'autre part, les comptes rendus trimestriels faits au ministre de la justice par les présidents de cours d'assises : ceux-ci sont en effet tenus, sur la base de l'article 611 du Code d'instruction criminelle, de visiter les personnes détenues dans les établissements de détention préventive, mais transforment à l'instigation du ministre cette compétence en un droit de visite générale des prisons (y compris donc les prisons pour peine). Ces deux sources sont étudiées respectivement dans deux articles des *Annales historiques de la révolution française*, n° 228, 1977 : C. Duprat, « Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes », p. 204-246 ; J.-J. Darmon, « Sous la Restauration des juges "sondent la plaie si vive des prisons" », p. 247-268.

17 Arrêté du 20 octobre 1810 sur les prisons départementales, art. 15.

fondamentalement, être dénoncée dans le dernier quart du XX^e siècle au profit de la promotion des droits fondamentaux des détenus. Mais l'ordre intérieur est également une *police* – et de ce point de vue, la formation de cet ordre à l'époque de la monarchie constitutionnelle s'analyse comme un phénomène de clôture de l'institution carcérale : aussi bien la surveillance des prisons que la discipline qui s'y exerce relèvent désormais de manière quasi-exclusive de l'administration. Nous nous focaliserons, dans le cadre de cette étude, sur la constitution de l'ordre intérieur comme régime.

Au fond de tout débat sur le bon régime carcéral se trouve la question de la finalité de la peine. Les principales figures de ce débat sous la Restauration et la Monarchie de Juillet s'affrontent donc sur le point de savoir ce que doit viser prioritairement la détention pour peine. Si l'on écarte les nuances entre les auteurs, on peut ramener à trois les fonctions de la peine sur lesquelles roulent la discussion : la *punition* du condamné ; la *répression* du crime par la crainte qu'inspire la peine (aussi bien au condamné qui l'a purgée qu'à la société qui en voit l'exemple) ; et ce que l'on appelle couramment au XIX^e siècle l'*amendement* moral du condamné. La première fonction touche à la question qui est sans doute la plus profonde de la philosophie pénale¹⁸, et se trouve moins directement impliquée dans les débats sur la prison que les deux autres. Les diverses conceptions de la prison qui s'affrontent se caractérisent ainsi par l'accent plus ou moins important qu'elles mettent, soit sur la dimension sociale et utilitaire de la répression du crime, soit sur la dimension morale de l'amendement du condamné.

Ainsi, tout l'effort d'organisation de l'institution carcérale qui se développe à partir de la Restauration est inséparable de l'interrogation sur la raison morale fondamentale qui doit être celle de cette institution. On peut distinguer de ce point de vue deux époques : d'abord la période dite « libérale » de la Restauration¹⁹, où s'impose une conception philanthropique de la prison axée sur l'amendement du détenu ; puis la monarchie de Juillet, où s'impose plutôt une conception répressive de la prison, et qui correspond à un important durcissement du régime carcéral²⁰. Pourtant, même dans cette seconde époque, la conception morale est loin d'être oubliée : Jacques-Guy Petit parle plutôt à ce

18 La justice pénale repose-t-elle, ou non, sur le principe d'après lequel il faut rendre le mal pour le mal ?

19 Principalement au cours de l'année 1819 qui, sur le sujet de la prison comme sur d'autres (par exemple la liberté de la presse), apparaît comme une *annus mirabilis* du libéralisme français, avant que l'assassinat du duc de Berry le 13 février 1820 ne donne le signal de la réaction.

20 C. Duprat, *op. cit.*, *in fine*.

sujet de « seconde philanthropie »²¹. Or il convient d'appréhender la question des droits individuels des détenus dans la perspective de ce but moral de la prison. La difficulté, de ce point de vue, est que l'idée du droit individuel s'inscrivait au XIX^e siècle en France dans un univers moral aujourd'hui disparu, et qui a peu à voir avec celui au sein duquel se déployaient aujourd'hui les « droits fondamentaux ». Les travaux conduits en 1819 par la Société royale pour l'amélioration des prisons sont particulièrement éloquents à cet égard (A), mais les mêmes questions continuent de se poser sous la monarchie de Juillet (B).

A. LA QUESTION DU RÉGIME INTÉRIEUR DANS LES TRAVAUX DE LA SOCIÉTÉ ROYALE DES PRISONS (1819)

Créée par une ordonnance de Louis XVIII du 9 avril 1819, la Société royale des prisons est chargée de conduire une enquête approfondie sur l'état des prisons du royaume et de faire des propositions de réforme. Ses travaux débouchent sur un rapport de synthèse fait le 25 décembre par Bigot de Préameneu²² au conseil général des prisons, créé auprès du ministre de l'intérieur en même temps que la Société. Le même jour est pris un arrêté sur la police des prisons départementales qui concrétise le projet de la « première » philanthropie. L'intérêt de ces divers textes dans la perspective de notre étude est que la *perspective globale* au sein de laquelle est envisagée la question du droit des détenus y est explicitée avec une parfaite clarté. Le ministre de l'intérieur et chef du gouvernement Elie Decazes écrit dans son rapport du 9 avril 1819 sur la création de la Société : « Pour que la loi ne soit pas trompée dans sa prévoyance, il faut que la peine produise réellement sur le coupable qui l'a subie l'effet qu'elle en attend. [...] Deux conséquences essentielles en découlent, et peuvent seules conduire au but que la loi se propose : la première, c'est qu'on ne doit infliger au détenu aucune peine qui dépasse celle que la loi a voulu lui faire subir en le privant de sa liber-

21 « L'amendement ou l'entreprise de réforme morale des prisonniers en France au XIX^e siècle », *Déviance et société*, 1982, vol. 6, n° 4, p. 331-351.

22 La Société est divisée en sept commissions qui font chacune un rapport sur l'objet qui leur est attribué : instruction religieuse et morale ; correction paternelle, et mesures de police judiciaire et administrative ; instructions aux commissions de surveillance des départements ; régime de santé ; instruction primaire ; travail des prisonniers ; impression de livres utiles. Tous ces rapports sont publiés avec celui de Bigot de Préameneu dans un recueil simplement intitulé *Société royale pour l'amélioration des prisons*, imprimé à l'imprimerie royale en 1820. Les citations qui suivent sont tirées dudit recueil.

té ; la seconde, c'est qu'il est du devoir comme de l'intérêt de la société d'exiger qu'aucun soin ne soit négligé pour opérer la réforme morale de celui qui doit rentrer un jour dans son sein. » Ainsi, deux dimensions se trouvent étroitement articulées dans le projet carcéral de la Société : d'une part, la question du *droit* des détenus (1) ; d'autre part, la question de la *réforme morale* des détenus (2).

1. *Le droit du détenu*

Le premier aspect du système pénitentiaire envisagé par la Société royale des prisons, relatif au *droit* du détenu, en constitue en quelque sorte le premier étage ou la base nécessaire. « La loi », continue Decazes, « doit suivre [le coupable] dans la prison où elle l'a conduit. [...] Elle lui doit surtout une protection vigilante contre les vexations et les abus dont il pourrait être l'objet ; car le meilleur moyen de faire pénétrer dans son âme le sentiment de la justice de sa condamnation, c'est de la lui faire subir sous l'empire et, pour ainsi dire, en présence de la justice la plus exacte et la plus attentive. » Même discours chez le duc de la Rochefoucauld dans son rapport du 25 mai 1819. Selon celui-ci, le « but » ou le « principe » du système pénitentiaire que la Société appelle de ses vœux est « de réformer autant que possible, de tendre au moins à la réformation des habitudes vicieuses des prisonniers condamnés ». Or le tout premier des moyens aptes à produire un tel résultat est « la justice la plus exacte envers les détenus ; l'absence de tout arbitraire ; l'évidence pour eux que cette justice est inaltérablement observée. [...] Ainsi la justice, cet éternel devoir des administrateurs, ce droit éternel des administrés, en quelque état qu'ils soient, considérée seulement sous le rapport de l'amendement des détenus criminels, est un moyen essentiel et puissant. »

Apparaît ainsi une première différence essentielle entre la perspective de la Restauration sur les droits des détenus et notre perspective contemporaine. On parle aujourd'hui d'arbitraire pour dénoncer le fait que les mesures prises en prison aient échappé à tout contrôle juridictionnel au XX^e siècle : le juge apparaît ainsi comme la figure incontournable de la garantie contre l'arbitraire administratif. Pourtant, la dénonciation de l'arbitraire – ou, ce qui revient au même, l'invocation de la « justice » – est largement aussi présente en 1819 dans les rapports de la Société royale des prisons que dans les conclusions contemporaines de nos rapporteurs publics. Mais la justice apparaît alors d'abord comme une obligation *morale* pesant sur l'administration, obligation qui doit trouver sa concrétisation et sa garantie dans l'organisation *juridique* du régime intérieur

des prisons. Certes, les droits du détenu se réduisent dans la perspective de l'époque à un droit à être traité avec justice par l'administration – et, plus largement, à un droit à être traité par elle avec humanité. Cette réduction du droit individuel à un noyau dur ne correspond plus du tout à l'état contemporain du droit, qui se fonde sur un principe inverse : ce n'est plus aujourd'hui le droit de l'administration carcérale qui est le principe et le droit du détenu qui en est la limite, mais au contraire le droit du détenu qui est le principe et les exigences de la détention qui en sont la limite. Il n'en reste pas moins que la prison n'est nullement conçue en 1819 comme un lieu radicalement illibéral où le droit des détenus serait purement et simplement nié ou mis entre parenthèses.

2. La réforme morale du détenu

Le second aspect du système pénitentiaire de la Société, celui de la *réforme morale* des détenus, est celui qui est censé lui conférer sa pleine cohérence. Hygiène, nourriture saine, vêtements et coucher dignes, bonnes habitudes données par un travail régulier, instruction morale et primaire, exercice du culte constituent les diverses dimensions de l'ordre intérieur de la prison qui doivent permettre de « former des hommes nouveaux », selon une expression employée aussi bien par La Rochefoucauld que par Bigot de Préameneu. La prison dans la perspective des philanthropes ne se limite pas à un lieu où s'exerce une « justice exacte », mais constitue véritablement le lieu d'une réforme morale des individus. Tous les moyens sont tendus vers cette finalité et constituent la prison en institution spécifique dotée d'une logique propre : « Les résultats », écrivait déjà La Rochefoucauld en 1814, « ne peuvent s'obtenir que par une réunion bien réfléchie et immuablement observée de moyens tendant tous et sans déviation au même but, bien concordants entre eux »²³. Le comte Alexandre de Laborde, chargé de faire un rapport sur les prisons parisiennes, n'hésite pas pour sa part à envisager la prison idéale comme un petit État dirigé par un « homme d'État chargé de gouverner [un] nouveau peuple », comme une « grande *Ponéropolis* ou ville des méchants » qui aurait « son gouvernement, ses lois, son régime particulier »²⁴. En somme, la perspective de la réforme morale du détenu prime incontestablement, avec toute la contrainte qu'elle implique, sur celle de ses droits, qui sont ramenés comme nous l'avons vu à un noyau dur : c'est elle qui fait de

²³ Cité in C. Duprat, *op. cit.*, p. 221.

²⁴ *Ibid.*, p. 218.

la prison un système structuré et animé en fonction d'une idée directrice. C'est la raison pour laquelle l'ordre intérieur de la prison est appréhendé spontanément comme relevant de la *science de l'administrateur*. « L'étude des lois et des règlements », écrivait le ministre de l'intérieur Vaublanc dans une instruction aux préfets du 22 mars 1816 sur le régime intérieur des prisons départementales, « appliqués à l'objet qu'ils concernent et augmentés de tout ce que cette application peut suggérer d'utile, forme la science de l'administrateur, et nulle part ne peut s'exercer avec plus de succès que dans tout ce qui concerne les prisons »²⁵.

La Société royale des prisons et ses travaux appartiennent à la brève aurore libérale de l'année 1819, et ne semblent pas avoir exercé d'influence réelle sur l'administration des prisons après la chute du ministère Decazes et la réaction qui l'a suivie. Des efforts continuent certes d'être faits sous la Restauration pour améliorer la situation matérielle des lieux de détention, mais le moment de la théorisation philanthropique est passé ; et, lorsque s'ouvre une nouvelle période de réflexion globale sur la prison dans la suite de la Révolution de juillet 1830, le contexte intellectuel et social est tout autre qu'en 1819.

B. LA QUESTION DU RÉGIME INTÉRIEUR SOUS LA MONARCHIE DE JUILLET

En effet la crainte des « classes dangereuses » se répand, l'enthousiasme philanthropique suscite désormais l'exaspération et le sarcasme, et les libéraux doctrinaires qui, en 1819, faisaient partie de la Société royale des prisons – Guizot, de Broglie, Laborde – sont rendus prudents par l'expérience du pouvoir. La claire articulation entre l'exigence de justice et la finalité de réforme morale, qui faisait l'essentiel du système de la Société, s'obscurcit sous le régime de Juillet au profit d'une approche plus technocratique et répressive. Pourtant, c'est bien à partir des années 1830 et non sous la Restauration qu'a été établi un véritable régime intérieur carcéral, aussi dur fût-il ; et l'on peut se demander si le phénomène de clôture de la prison qui s'est alors produit ne se trouvait pas en germe dans le projet même des philanthropes de 1819. Ainsi, l'évolution technocratique de la prison qui se produit sous Juillet (1), si elle traduit incontestablement un durcissement répressif, s'inscrit cependant dans un ensemble de réflexions qui ont pu être qualifiées de « seconde philanthropie » (2).

²⁵ *Code des prisons...*, *op. cit.*, p. 66.

1. L'évolution technocratique

Ainsi tout d'abord de l'évolution technocratique. La prison, sous le régime de Juillet, « devient affaire de spécialistes »²⁶, d'expertise développée sur la base d'enquêtes de terrain. Le gouvernement envoie des hommes étudier de près les systèmes pénitentiaires étrangers – celui des États-Unis notamment, où sont envoyés Alexis de Tocqueville et Gustave de Beaumont en 1831²⁷, mais également ceux d'Europe (Angleterre, Ecosse, Hollande, Belgique, Suisse, Allemagne, Italie)²⁸. Une enquête est également lancée sur l'état des prisons départementales²⁹, ainsi que sur la possibilité d'introduire l'emprisonnement cellulaire en France³⁰. Sont nommés à l'inspection générale des prisons des spécialistes qui vont être des figures de premier plan du débat sur le système pénitentiaire. Ainsi de Charles Lucas, ardent défenseur de l'amendement moral des condamnés, nommé inspecteur général par Guizot dès 1830, qui publie *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis* (1835) ; ou de Louis-Mathurin Moreau-Christophe, pur partisan de la répression pour le coup, nommé en 1837, qui publie consécutivement *De l'état actuel des prisons en France, considéré dans ses rapports avec la théorie pénale du Code* (1837) et *De la réforme des prisons en France, basée sur la doctrine du système pénal et le principe de l'isolement individuel* (1838). Enfin, cette accumulation de connaissances empiriques et de réflexions de spécialistes nourrit les débats parlementaires sur un projet de loi pénitentiaire, déposé une première fois à la Chambre des députés en 1840, puis à nouveau en 1843 – pour ne jamais aboutir au bout du compte.

Cette effervescence est produite essentiellement par la question du bon « système pénitentiaire » à adopter, et se réduit rapidement à l'affrontement entre deux conceptions : soit l'emprisonnement cellulaire de jour comme de nuit, c'est-à-dire l'isolement complet du condamné par rapport aux autres déte-

26 *Ibid.*, p. 243.

27 V. G. de Beaumont et A. de Tocqueville, *Système pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France, suivi d'un appendice sur les colonies pénales et de notes statistiques*, 3^e édition augmentée du rapport de M. de Tocqueville sur le projet de Réforme des prisons et du texte de la loi adoptée par la Chambre des députés, Paris, Charles Gosselin, 1845.

28 V. L.-M. Moreau-Christophe, *Défense du projet de loi sur les prisons contre les attaques de ses adversaires*, Paris, Marc-Aurel, 1844, p. 16-17.

29 V. le rapport du ministre de l'intérieur A. de Gasparin, *Rapport au roi sur les prisons départementales*, Paris, Imprimerie royale, 1837.

30 V. la circulaire du 1^{er} août 1838 contenant diverses questions à soumettre aux conseils généraux sur l'introduction dans le régime des prisons du système de l'emprisonnement individuel.

nus – système dit « de Philadelphie »³¹ ; soit l'emprisonnement cellulaire la nuit et la vie en commun le jour, mais dans le silence total, afin d'éviter la corruption mutuelle des détenus, idée fixe de l'époque – système dit « d'Auburn ». L'ordre carcéral qui se met en place sous la monarchie de Juillet est ainsi conçu comme la mise en application d'une véritable science pénitentiaire, produit à la fois de l'étude des expériences étrangères, d'une connaissance empirique de l'état des prisons françaises, et de réflexions théoriques qui se veulent moins naïves que celles des philanthropes de 1819. « Vers 1840 se fige la redoutable institution contemporaine », écrit Catherine Duprat (en 1977). « Les hommes de métier ont pris la relève du volontariat bienfaisant, ils imposent de nouvelles pratiques carcérales (« techniques » serait trop dire), déconcertantes et inquiétantes. [...] Ainsi, par son obsession de la contagion, son zèle punitif, sa hantise du geste et de la parole, la prison des années quarante s'est totalement dénaturée. »³² Catherine Duprat voit là « l'abandon forcé de toute stratégie d'amendement et d'éducation à la vie sociale », c'est-à-dire une rupture pure et simple avec le projet philanthropique. Il est indéniable à tout le moins que la période de la monarchie de Juillet se caractérise, outre le phénomène technocratique, par le durcissement disciplinaire et répressif du régime intérieur des prisons.

2. *Durcissement disciplinaire et « seconde philanthropie »*

L'époque n'est clairement plus à l'enthousiasme philanthropique : un Rossi³³ ou un Moreau-Christophe³⁴ voient dans la répression le but principal de la prison, et dans l'amendement moral une simple éventualité heureuse. Pourtant, Jacques-Guy Petit, se penchant sur les dits et écrits des protagonistes du débat pénitentiaire de la monarchie de Juillet, y a trouvé plutôt l'avènement d'une « philanthropie bien entendue » (selon une expression de l'époque) ou « seconde philanthropie » : « Si la critique de la philanthropie apparaît comme un lieu

31 Les partisans du système de l'isolement, tels Tocqueville et Moreau-Christophe, prétendent cependant se distinguer du modèle pennsylvanien dans toute sa rigueur en n'isolant le prisonnier que de ses codétenus, et non pas de la compagnie des « honnêtes gens » – gardiens, ministres du culte, famille, etc. Ceci afin d'éviter la folie.

32 C. Duprat, *op. cit.*, p. 246.

33 V. *Traité de droit pénal*, *op. cit.*, p. 245 : « De tous les effets de la peine, l'amendement du coupable est peut-être l'effet le moins certain et le moins général. La conséquence n'est point que le législateur doive le négliger, mais qu'il doit lui laisser le rang qu'il occupe par la nature des choses. »

34 V. *De la réforme des prisons en France, basée sur la doctrine du système pénal et le principe de l'isolement individuel*, Paris, Huzard, p. 376 : « Redisons, – car c'est là tout le système –, la peine *doit* PUNIR, elle MORALISERA *si elle peut*. » (majuscules et italiques de l'auteur)

commun ce n'est généralement qu'un exercice ou un mot de passe politique. »³⁵ J.-G. Petit montre ainsi que la préférence de Tocqueville pour le système philadelphtien d'isolement des condamnés s'explique en partie par des considérations morales : la solitude est en effet censée livrer les prisonniers à la réflexion et au remords³⁶.

Par ailleurs, la monarchie de Juillet est également la période de gloire de Charles Lucas, promoteur par excellence de la prison comme lieu d'amendement des condamnés. La réflexion et l'œuvre de Lucas ont été décisives dans l'histoire de la prison en France, par les diverses expériences carcérales pour jeunes délinquants sur lesquelles elles ont débouché, et par l'influence qu'elles ont exercée sur le grand réformateur des lois pénales sous la III^e République, René Bérenger³⁷. La théorie de la prison de Lucas, tout entière tendue vers l'amendement moral du détenu, est celle qui se situe le plus clairement dans la continuité du philanthropisme de la Société royale des prisons. Or, de manière révélatrice, elle se révèle également *la plus contraignante* pour les détenus. Là où Moreau-Chrisophe se contente volontiers d'une théorie de la prison toute négative qui se limite à empêcher le progrès du mal social³⁸ ; Lucas quant à lui, libéral au sens du XIX^e siècle – c'est-à-dire fondant le droit individuel sur une rigoureuse morale du devoir –, conçoit la prison comme un lieu d'enveloppement complet et de rééducation morale du condamné. On trouve chez le libéral progressiste Lucas, et non chez le pessimiste Moreau-Chrisophe, les formules les plus inquiétantes au regard de la future expérience du totalitarisme en Europe, ainsi par exemple dans un exposé fait en 1844 à l'Académie des sciences morales et politiques : « C'est alors qu'apercevant dans l'emprisonnement à long terme ce pouvoir qu'on ne rencontrerait pas ailleurs, de créer autour de l'homme l'atmosphère où il doit vivre, de régler son temps de veille et de sommeil, sa nourriture et la durée de ses repas, les moments du travail et ceux du repos, les heures de la prière et celles de l'instruction élémentaire, morale et religieuse ; de disposer de tous ses moments, comme de toutes ses facultés, dans une longue succession de jours, de mois et d'années ; de posséder

35 J.-G. Petit, « L'amendement ou l'entreprise de réforme morale des prisonniers en France au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 334 *in fine*.

36 *Ibid.*, p. 337.

37 V. R. Bérenger, *Notice à l'Académie des sciences morales et politiques sur la vie et les travaux de M. Charles Lucas*, Firmin Didot, 1892 ; J.-L. Sanchez, « Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mars 1891) », *Criminocorpus*, 2005.

38 V. *De la réforme des prisons en France...*, *op. cit.*, p. 368.

enfin dans le détenu l'homme tout entier, sa liberté, son activité, son intelligence et jusqu'à sa parole ; nous avons cru voir se dérouler à nos yeux l'horizon le plus vaste et le plus beau qui ait jamais été ouvert au développement de l'éducation et à l'efficacité de son empire ; c'est alors enfin que, séduit par la grandeur et la beauté de l'œuvre, nous avons entrepris de tracer le cadre, le programme et le système de l'éducation pénitentiaire. »³⁹ On croit entendre le comte de Laborde évoquant vingt-cinq ans plus tôt la grande Ponéropolis, avec ses lois et son chef d'État.

Le phénomène de fermeture de l'institution carcérale qui s'achève sous la monarchie de Juillet nous paraît de ce point de vue beaucoup plus en phase avec la perspective initiale des philanthropes que ne le suggère Catherine Laborde : la constitution d'un ordre *intérieur* carcéral est indissociable de la cohérence qui est censée régner entre chacune de ses parties, avec pour point de mire la finalité correctrice de l'institution. Cet objectif explique pareillement la concentration de l'autorité entre les mains du directeur d'établissement, qui se produit à la même époque. Le règlement du 5 octobre 1831 sur les employés de l'administration des maisons centrales de détention fixe de la façon suivante les attributions du directeur : « L'action du directeur, comme chef de l'établissement, s'étend à toutes les parties du service. Il est, en outre, spécialement chargé de la correspondance, de l'exécution des règlements de la maison et de la police générale. »⁴⁰ Il va de soi que ce directeur, chef d'État de la Ponéropolis, doit également être seul compétent pour rendre la justice disciplinaire. Son autorité exclusive est ainsi au cœur du système des prétoires, institué par un arrêté du 8 juin 1842 sur la justice disciplinaire dans les maisons centrales. Le ministre Duchâtel décrit dans l'instruction qui accompagne cet arrêté la « responsabilité morale » qui pèse sur le directeur-juge, chargé de « [distribuer] une justice exacte et irréprochable ». Or un tel sacerdoce exige par nature l'exercice d'un pouvoir exclusif : « L'intérêt d'une bonne police exige de la part du directeur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et sans partage, pour l'application des punitions autorisées par les règlements ; son autorité pourrait être compromise ou affaiblie, s'il était possible qu'elle fût absorbée par la volonté ou par l'opinion contraire de ses subordonnés. Un pouvoir unique

39 Ch. Lucas, *Exposé à l'Académie des sciences morales et politiques de l'état de la question pénitentiaire en Europe et aux États-Unis, suivi d'observations de MM. de Tocqueville, Ch. Lucas et Bérenger*, Paris, Panckoucke, 1844. Pour un exposé synthétique de la théorie de la prison de Charles Lucas, v. J.-G. Petit, *op. cit.*, p. 340 s.

40 *Code des prisons...*, *op. cit.*, p. 140.

doit présider à la direction de toutes les parties de l'administration, et la responsabilité se centraliser dans les mains d'un seul, sous peine d'en affaiblir tous les ressorts. »⁴¹

Les débats de la Restauration et de la monarchie de Juillet mettent ainsi en évidence le fait que le régime intérieur des prisons a été conçu dès l'origine en fonction d'une finalité morale, quelles qu'aient pu être par ailleurs la volonté répressive des gouvernants et la dureté du système pénitentiaire mis en place – règle du silence, interdiction du tabac et des jeux, isolement cellulaire, etc. Au demeurant, la « réforme Amor » lancée en 1945 révèle, un siècle après les débats de Juillet, la grande stabilité des conceptions morales relatives à la prison dans la société bourgeoise. Issue des travaux d'une Commission de réforme des institutions pénitentiaires françaises créée par un décret du 22 novembre 1944, cette réforme concrétise un renouveau vigoureux du souci des pouvoirs publics à l'égard de l'institution carcérale – de son état matériel et de sa finalité intrinsèque⁴². Or on constate que les « quatorze points » énoncés par la commission Amor ne formulent fondamentalement aucune idée nouvelle mais ne font que synthétiser et remettre en pleine lumière une théorie libérale ou progressiste de la prison qui était déjà celle du XIX^e siècle : ainsi de l'idée que « la peine privative de liberté a pour but essentiel l'amendement et le reclassement social du condamné » (point 1) ; ou que « le traitement infligé au prisonnier, hors de toute promiscuité corruptive, doit être humain, exempt de vexations, et tendre principalement à son instruction générale et professionnelle et à son amélioration » (point 3) ; ou qu'un « régime progressif est appliqué dans chacun de ces établissements en vue d'adapter le traitement du prisonnier à son attitude et à son degré d'amendement. Ce régime va de l'encellulement à la semi-liberté » (point 8). Rien de bien nouveau depuis La Rochefoucauld et Charles Lucas. L'importance de la réforme Amor réside dans ses réalisations concrètes⁴³ beaucoup plus que dans l'originalité de ses principes, qui tiennent plutôt du *revival*. On le voit : le recentrement sur la perspective des *droits fondamentaux* des détenus, qui a déterminé la fin de la jurisprudence des mesures d'ordre intérieur

41 *Ibid.*, p. 382.

42 On notera un parallèle évident entre le réformisme philanthropique de 1819 et le réformisme progressiste de 1945 : ils se sont tous deux manifestés au sortir d'une période où les troubles politiques avaient jeté en prison des membres des classes sociales élevées.

43 Notamment la mise en place du régime progressif et la création du juge d'application des peines. V. H. Leteneur, « La politique pénitentiaire française, son évolution de 1945 à 1984 », *Études*, hors-série « Justice et prison. Entre la sécurité et le droit », 2012, p. 99-112.

en prison, ne date même pas du milieu du XX^e siècle. Il débute dans les années 1970, ouvrant l'ère du « détenu-citoyen ».

II. La transformation de l'ordre intérieur carcéral à l'ère du « détenu-citoyen »

L'arrêt *Marie* de 1995, qui a mis un terme à la jurisprudence traditionnelle des mesures d'ordre intérieur, s'inscrit dans le contexte d'un changement général du regard sur la prison. Ce changement a été déterminé par l'effondrement de la légitimité morale traditionnelle de l'institution carcérale (A). Dans le vide ainsi créé par la disparition de la finalité correctrice de la prison, les droits fondamentaux se sont engouffrés, portés par leur organe naturel : le juge (B).

A. L'EFFONDREMENT DE LA LÉGITIMITÉ MORALE TRADITIONNELLE DE LA PRISON

L'effondrement de la légitimité morale de l'institution carcérale est un aspect parmi d'autres du phénomène majeur des sociétés occidentales de l'après-guerre, que le philosophe Gilles Lipovetsky a appelé le « crépuscule du devoir ». L'éthique de la société bourgeoise du XIX^e siècle était globalement fondée sur l'idée de loi morale absolue, irréductible à toute finalité utilitaire : Kant en avait donné la formule allemande, Victor Cousin la formule française. Dans cette perspective, l'homme était un être de droits parce qu'il était à la racine un être de devoirs : le droit individuel était en son principe la liberté de faire ce qui était exigé par le devoir⁴⁴. Cette articulation fondait par avance l'atténuation de la logique des droits devant la logique des devoirs au sein des grandes institutions de la société bourgeoise – la famille, l'école, l'armée, la prison – et la contrainte, intolérable à nos yeux, que celles-ci imposaient à leurs membres. Les fondements mêmes de la société bourgeoise ont ainsi été ruinés dans les années 1960-1970 par la critique tous azimuts de l'éthique du devoir, ainsi décrite par Lipovetsky : « La diffusion, au cours des années 1960-1970, des idées

⁴⁴ Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre thèse de doctorat, *Droit naturel et droits individuels en France au XIX^e siècle*, Paris II, 2013.

marxistes, freudiennes, nietzschéennes et structuralistes, non seulement dans les cercles intellectuels et étudiants mais plus largement dans les media, a donné une exceptionnelle légitimité à la relégation de l'idéologie du devoir. Les problématiques de la révolution, du désir, de la vie libérée se sont substituées à la rhétorique de l'obligation ; la thématique de l'expression individuelle et de l'émancipation sexuelle a pris le pas sur celle de la vertu ; le référentiel psy a remplacé la phraséologie culpabilisatrice. [...] Tout une époque s'est employée à jeter aux orties le discours aliénant, mystifié-mystificateur de la morale, assimilée à la haine de la vie, à l'idéologie petite-bourgeoise, à l'anti-liberté. Au nom de l'impératif intellectuel du « soupçon » et de l'antihumanisme théorique, le discours moral s'est trouvé récusé... »⁴⁵

La grande transformation sociale de l'après-guerre a consisté alors dans le passage d'une société où tous les droits étaient fondés sur des devoirs à une société où tous les devoirs sont fondés sur des droits. Un tel renversement implique évidemment une crise majeure pour les institutions « fermées » dont la raison morale héritée du XIX^e siècle ne convainc soudainement plus personne. Ces institutions vidées de leur contenu moral ne se présentent plus au regard de l'observateur que comme de purs systèmes de contraintes, pareils à des squelettes de crustacés desséchés. Naît alors la catégorie de « *total institution* », forgée par le sociologue américain Erving Goffman dans les années 1960, et traduite en français par « institution totalitaire » ; ou celle « d'institution disciplinaire » chez Michel Foucault. Institutions oppressives et désenchantées, visant à dresser les individus pour les faire correspondre à un modèle moral arbitraire – forcément arbitraire, dès lors que plus personne ne croit en la *vérité* du type bourgeois de l'honnête homme et de sa morale du devoir. Dans cette perspective, la parution de *Surveiller et punir* en 1975 signe l'acte de décès de la prison du XIX^e siècle et impose le nouveau canon auquel se mesure toute approche théorique de la prison. La figure du détenu selon la philanthropie du XIX^e siècle, être corrompu que la prison vise à amender, cède la place à celle du détenu selon la sociologie critique de la fin du XX^e siècle, être originellement hors-normes que la prison vise, précisément, à normaliser.

Chez les juristes, on trouve un parfait exemple d'une telle approche désenchantée de l'institution carcérale dans l'étude de Danièle Lochak « Droit et

45 G. Lipovetsky, *Le crépuscule du devoir. L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Paris, Gallimard, 1992, p. 65-66.

non-droit dans les institutions totalitaires », parue en 1981⁴⁶. L'auteur expose en un tableau glaçant la logique de « l'institution totalitaire ». Par un renversement dialectique, celle-ci devient l'envers ou le « sous-produit nécessaire de la vie sociale normale », où se trouvent confinés à des fins de normalisation « ceux qui ne peuvent ou ne veulent jouer le jeu de la société libérale ». Close sur elle-même et séparée de la vie sociale, l'institution totalitaire est régie par une réglementation proliférante et pathologique suscitée par la logique disciplinaire : à l'inverse du principe organisateur de la société civile selon lequel la liberté est le principe et la restriction de police l'exception, le principe organisateur de l'institution totalitaire est que tout moyen est bon pour opérer le dressage de l'individu selon un modèle de « normalité ». Ainsi s'expliquent l'enveloppement de tous les aspects de la vie quotidienne de l'individu par un réseau serré d'obligations aussi bien réglementaires qu'extra-réglementaires ; l'établissement d'une panoplie de sanctions méticuleusement graduées qui traduisent la situation d'assujettissement total du détenu ; l'organisation d'une justice disciplinaire propre à l'institution et soustraite aux garanties ordinaires de la justice pénale. Voilà « l'arbitraire » de l'institution totalitaire : non pas l'*absence de règles*, dont Montesquieu faisait classiquement la caractéristique du régime despotique, mais la *multiplication discrétionnaire* des règles permises par le primat absolu de la finalité disciplinaire. Il va de soi que, dans la nuit totalitaire si bien dépeinte par Danièle Lochak, toutes les institutions sont grises, et que la prison des sociétés libérales n'est plus qu'un échelon sur l'axe gradué qui conduit droit au camp de concentration⁴⁷.

La société issue de la révolution morale des années 1960 ne pouvait évidemment tolérer l'existence en son sein d'institutions « totalitaires ». Vidée de sa légitimité morale traditionnelle, la prison a été naturellement investie par un impératif moral nouveau : le respect des droits fondamentaux. La logique

46 D. Lochak, « Droit et non-droit dans l'institution totalitaire. Le droit à l'épreuve du totalitarisme » *L'institution*, CURAPP-PUF, 1981.

47 V. par ex. ce rapprochement ayant valeur de preuve : « On relève par exemple, sur un registre établi par la prison de Clairvaux à la fin du XIX^e siècle, qu'un détenu a été sanctionné au cours de son séjour pour les fautes suivantes : refus de travail, quitte sa veste avant l'heure, fume, mutinerie et bris de mobilier, bagarres, cris, réponse inconvenante, bavardage, refus de prendre des remèdes prescrits, pédérastie, insultes, réclamations non fondées faites sur un ton arrogant, frappe un gardien, déchire sa chemise, etc. [...] E. Goffman cite lui aussi des exemples de comportements qui, dans les camps de concentration nazis, étaient de nature à attirer sur soi le châtimement des gardiens, tel que le fait de garder les mains dans les poches, de tousser, d'avoir une tâche, un bouton manquant, des chaussures mal cirées – ou trop bien, un salut oublié, etc. » (*ibid.*, p. 139, no 33).

paternaliste de la prison du XIX^e siècle s'est trouvée du même coup retournée comme un gant. Rappelons que l'institution carcérale traditionnelle, dans la vision d'un La Rochefoucauld ou d'un Charles Lucas, jouissait par principe de droits étendus lui permettant de remplir sa mission de « correction » du détenu, tandis que les droits de ce dernier se réduisaient à un noyau dur : le droit d'être traité avec justice et avec humanité. Il se produit à partir des années 1970 un renversement complet : désormais, les droits du détenu constituent le principe, et les limites irréductibles imposées par la détention, l'exception. Selon une formule prêtée au président Giscard d'Estaing au moment des mutineries de l'été 1974, et indéfiniment répétée depuis : « La prison, c'est la privation de la liberté d'aller et venir, et rien d'autre. » La substitution de la logique des droits fondamentaux à la logique de l'amendement moral du détenu, initiée au niveau européen, a justifié en France l'abandon de la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur en prison.

B. ORDRE INTÉRIEUR CARCÉRAL ET DROITS FONDAMENTAUX

L'influence européenne a emprunté la double voie des règles pénitentiaires définies par le Conseil de l'Europe, ayant simple valeur de recommandation, et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La conception du « détenu-citoyen » qui s'est ainsi imposée repose sur le primat des droits fondamentaux des détenus, à l'égard desquels les contraintes de la détention n'ont plus qu'une valeur purement négative et doivent en principe être rigoureusement proportionnées (1). Or cette conception paraît appeler par nature une protection juridictionnelle *concrète*, à l'image de celle apportée par la Cour européenne des droits de l'homme. S'explique ainsi l'épuisement inexorable des mesures d'ordre intérieur dans la jurisprudence du juge administratif. Les tentatives de ce dernier pour sauvegarder un résidu de mesures d'ordre intérieur, en s'en tenant à son rôle traditionnel de gardien de la légalité objective, sont en effet systématiquement fragilisées par la logique concrète des droits fondamentaux qui s'impose à lui (2).

1. L'influence européenne

Le texte international fondateur est la résolution du 30 août 1955 adoptée par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traite-

ment des délinquants, qui contient « l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus »⁴⁸. Remarquons que la résolution pose pour seul « principe fondamental » une exigence de non-discrimination : les règles qu'elle édicte « doivent être appliquées impartialement », c'est-à-dire n'établir aucune différence de traitement fondée sur des préjugés de race, de couleur, de sexe, de langue, d'opinion, etc. (point 6). Nulle référence aux droits de l'homme, ni même au principe du respect de la dignité de la personne. L'ensemble des règles énoncées dessine quant à lui le tableau d'une prison qui correspond pleinement au modèle traditionnel du progressisme carcéral⁴⁹. Cette résolution des Nations Unies a servi par la suite de base aux règles pour le traitement des détenus qui ont été adoptées puis amendées par le Conseil de l'Europe au fil de trois textes : une résolution contenant l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, adoptée par le Conseil des ministres le 19 janvier 1973⁵⁰ ; une recommandation sur les règles pénitentiaires européennes adoptée par le Comité des ministres le 12 février 1987⁵¹ ; et une recommandation sur les règles pénitentiaires européennes adoptée par le Conseil des ministres le 11 janvier 2006⁵². L'évolution qui se dessine au fil de ces trois textes illustre le changement de la logique fondamentale qui gouverne les « règles pénitentiaires ».

Ainsi, la résolution du Conseil de l'Europe de 1973 consiste pour l'essentiel en un décalque de la résolution des Nations Unies de 1955. Remarquons tout au plus que le Conseil de l'Europe ajoute, au niveau du « principe fondamental », la règle selon laquelle « la privation de liberté doit avoir lieu dans des conditions matérielles et morales qui assurent le respect de la dignité humaine » (point 5.3).

48 Résolution approuvée par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

49 Notamment : la séparation des catégories de détenus ; l'isolement nocturne ; l'hygiène des lieux, la propreté des vêtements et de la literie, une alimentation de bonne qualité, de l'exercice physique ; la légalité *lato sensu* des infractions, punitions et procédures disciplinaires ; la prohibition, en tant que sanctions disciplinaires, de toute peine corporelle ou sanction cruelle, inhumaine ou dégradante, ainsi que de tout moyen de contrainte (menottes, chaînes, etc.) ; le droit du détenu de déposer des requêtes ou plaintes au directeur de l'établissement, à l'inspecteur des prisons, mais aussi « à l'administration pénitentiaire centrale, à l'autorité judiciaire ou à d'autres autorités compétentes » (point 36.3) ; l'obligation d'autoriser les détenus, « sous la surveillance nécessaire, à communiquer avec leur famille et ceux de leurs amis auxquels on peut faire confiance, à intervalles réguliers tant par correspondance qu'en recevant des visites » (point 37) ; l'obligation de tenir régulièrement les détenus au courant « des événements les plus importants » par divers moyens possibles (journaux quotidiens, périodiques, publications pénitentiaires spéciales, radio) autorisés ou contrôlés par l'administration (point 39).

50 Résolution (73)5.

51 Recommandation R(87)3.

52 Recommandation Rec(2006)2.

La recommandation de 1987 se situe encore dans la continuité du texte de 1973, mais des différences significatives commencent à se faire jour. Ainsi, dans le nouveau préambule, l'invocation du progrès et de la modernité se fait emphatique : les règles minima énoncées par la recommandation sont « essentielles pour assurer des conditions humaines de détention et un traitement positif dans le cadre d'un système moderne et progressif », et « il est beaucoup insisté, dans ces règles, sur la notion de dignité humaine, sur la volonté de l'administration pénitentiaire d'agir avec humanité et efficacité, sur l'importance du rôle joué par le personnel et la mise en oeuvre d'une gestion moderne ». Surtout, une nouvelle rubrique « Objectifs du traitement et des régimes » introduit et développe longuement une perspective *finaliste* sur la détention carcérale. Or le changement de perspective par rapport au progressisme « traditionnel » est manifeste. Ce changement ne réside pas tant dans la mobilisation de « tous les moyens curatifs, éducatifs, moraux, spirituels et tous les autres moyens appropriés » pour assurer la « réinsertion sociale » (point 66), que dans la volonté de minimiser la différence entre le monde carcéral et le monde extérieur. La recommandation prévoit ainsi que « tous les efforts doivent être entrepris pour s'assurer que les régimes des établissements soient établis et gérés de manière à [...] b) réduire au minimum les effets préjudiciables de la détention et les différences entre la vie carcérale et la vie en liberté afin que les détenus ne perdent pas le respect de soi ou le sens de leur responsabilité personnelle ; c) maintenir et renforcer les liens des détenus avec les membres de leur famille et le monde extérieur dans l'intérêt des uns et des autres » (point 65). La clôture sur elle-même de la prison est conçue comme un mal là où, dans la perspective philanthropique du XIX^e siècle, elle était regardée comme une condition nécessaire de l'efficacité du régime carcéral dans la perspective de l'amendement des détenus. Le régime carcéral doit désormais prévenir absolument les effets désocialisants de l'enfermement, dès lors que la désocialisation est largement conçue comme la cause même de la délinquance.

Les nouvelles règles pénitentiaires européennes de 2006 parachèvent quant à elles le renversement de perspective sur la prison. Dès la première phrase, le Comité des ministres affirme qu'il « [prend] en compte la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». Il annonce par là qu'il va prendre appui sur les deux principes cardinaux formulés par la Cour dans les années 2000 pour ce qui touche au traitement des détenus : premièrement, « même si un détenu par la

nature même de sa situation doit être soumis à diverses limitations de ses droits et libertés, chacune de ces limitations doit pour autant être justifiable en tant que nécessaire dans une société démocratique », et « c'est le devoir de l'État de démontrer qu'une telle nécessité existe réellement, c'est-à-dire de démontrer l'existence d'une nécessité sociale impérieuse » (*Ploski c. Pologne*, 12 novembre 2002, § 35) ; deuxièmement, « les détenus en général continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté lorsqu'une détention régulière entre expressément dans le champ d'application de l'article 5 de la Convention » (Grande Chambre, *Hirst c. Royaume-Uni*, 6 octobre 2005, § 69). Ainsi, jouissance de principe de tous les droits garantis par la Convention, et proportionnalité (sous le contrôle du juge) de toute limitation de ces droits : le renversement fondamental est opéré.

La recommandation de 2006 en est une parfaite illustration. Le tout premier des « principes fondamentaux » des règles pénitentiaires européennes est désormais que « les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits de l'homme » – expression qui n'était jamais apparue jusqu'alors. Viennent ensuite les deux principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme : « les personnes privées de liberté conservent tous les droits qui ne leur ont pas été retirés selon la loi par la décision les condamnant à une peine d'emprisonnement ou les plaçant en détention provisoire » (point 2) ; « les restrictions imposées aux personnes privées de liberté doivent être réduites au strict nécessaire et doivent être proportionnelles aux objectifs légitimes pour lesquelles elles ont été imposées » (point 3). Relevons enfin l'érection au rang des « principes fondamentaux » de l'objectif de limitation des effets désocialisants de la détention et d'ouverture de la prison sur le monde extérieur : « la vie en prison est alignée autant que possible sur les aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison » (point 5), « chaque détention est gérée de manière à faciliter la réintégration dans la société libre des personnes privées de liberté » (point 6), « la coopération avec les services sociaux externes et, autant que possible, la participation de la société civile à la vie pénitentiaire doivent être encouragées » (point 7)⁵³.

Le changement de paradigme qui s'est ainsi opéré au niveau du Conseil de l'Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme a exercé une in-

53 L'articulation des deux logiques nouvelles de garantie des droits fondamentaux et d'ouverture de la prison est particulièrement manifeste dans la rubrique « Contacts avec le monde extérieur », qui est revue de fond en comble et considérablement étoffée par rapport aux textes précédents.

fluence considérable en France : déjà, dans le rapport au Premier ministre qui accompagnait le décret du 12 septembre 1972 modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale, le ministre de la justice René Pleven se référait aux règles minima pour le traitement des détenus définies par le Conseil de l'Europe. Cette influence européenne s'est conjuguée avec la modification globale du regard sur les prisons suscitée par la critique intellectuelle et politique, à laquelle le nom de Michel Foucault reste attaché, ainsi que par les mutineries de 1972 et 1974. Il en est résulté en France un basculement général du paradigme du détenu-sujet vers celui du détenu-citoyen, qui s'est étalé sur une trentaine d'années : entre le décret du 23 mai 1975, qui opère un allègement général des contraintes de la vie carcérale et introduit des objectifs de « réadaptation », « resocialisation » ou « réinsertion » ; et la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, qui consacre au niveau législatif le principe selon lequel « l'exercice [des droits du détenu] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes » (art. 22).

2. *Le juge administratif, les droits fondamentaux et les mesures d'ordre intérieur*

Une institution carcérale vidée de sa légitimité morale traditionnelle ; un puissant mouvement en faveur de la garantie des droits fondamentaux des détenus, dont les accents ne sont guère moins pathétiques que ceux des philanthropes de 1819, et qui suscite une même activité réformatrice. L'abandon de la jurisprudence traditionnelle sur les mesures d'ordre intérieur en prison s'explique avant tout par ce contexte. Les conclusions des rapporteurs publics sont éloquentes. Patrick Frydman évoque en 1995 dans ses conclusions sur l'arrêt *Marie* « la notable évolution *sociologique* qu'ont connue le milieu pénitentiaire et l'armée dans les dernières décennies, et qui les a conduits tout à la fois à mieux reconnaître les droits de l'individu et à s'ouvrir à un contrôle extérieur », et condamne la « manifestation d'archaïsme » que constitue la jurisprudence traditionnelle sur les mesures d'ordre intérieur. En 2007, dans ses conclusions sur les arrêts d'assemblée *Planchenault* et *Boussouar*, Mattias Guyomar déclare pour sa part qu'il « serait regrettable et même incompréhensible que le choix de politique juridictionnelle » auquel il invite l'assemblée du contentieux « n'accompagne pas le mouvement général » en faveur de la garantie des droits des détenus, le

Conseil d'État devant même « [l'accélérer] en contribuant à rapprocher encore davantage le détenu d'un justiciable de droit commun » s'agissant de l'affectation et de l'emploi des détenus⁵⁴. Le plus étonnant, dans ce contexte, est que le juge administratif ait malgré tout depuis plus de vingt ans produit un effort constant pour *sauver* la catégorie de mesure d'ordre intérieur, en dépit du discredit évident qui la frappait. Tard venu dans le milieu carcéral, et porté par le mouvement en faveur des droits fondamentaux des détenus, le juge administratif a pourtant cherché à limiter le nouveau contentieux qui s'ouvrait à lui.

La jurisprudence qui en a résulté a quelque chose de déconcertant, en ce qu'elle se révèle tiraillée entre des exigences divergentes. Réticent, en premier lieu, à l'idée de consacrer une justiciabilité de principe des mesures prises par l'administration carcérale, le juge administratif a cherché à circonscrire le périmètre des mesures susceptibles de lui être déférées. Il a accepté à cette fin, comme à contre-temps, de jouer enfin le rôle de gardien de la légalité objective en prison. Devenaient ainsi susceptibles d'un contrôle en excès de pouvoir les mesures qui affectaient l'ordonnancement juridique : celles qui étaient encadrées par une réglementation ; celles qui affectaient la situation juridique du détenu. C'étaient les critères sur la base desquels Bruno Genevois avait proposé à l'assemblée du contentieux en 1984 de renverser sa jurisprudence – et échoué⁵⁵. En second lieu, cependant, le juge administratif a voulu appliquer de façon sincère la logique profondément *subjective* et *concrète* des droits fondamentaux, de manière à ce que jamais l'approche *objective* et *abstraite* du contrôle de légalité traditionnel ne conduise à écarter de son contrôle une mesure qui affecterait gravement la vie réelle du détenu. La jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur en prison depuis l'arrêt *Marie* est le produit complexe de la tension incessante entre ces deux exigences. Un rapide survol nous permettra de mettre en évidence le balancement entre les critères de légalité objective, visant à sauvegarder la catégorie des mesures d'ordre intérieur, et les critères d'appréciation concrète, visant à protéger les droits fondamentaux des détenus.

Dans un premier temps, Patrick Frydman a convaincu en 1995 l'assemblée du contentieux de reconnaître la justiciabilité d'une mesure (la punition de cellule) devant le juge de l'excès de pouvoir « eu égard à sa nature et à la gravité de ses effets ». Le critère de la « nature », tel qu'explicité par Patrick Frydman

54 M. Guyomar, conclusions sur CE Ass., 14 décembre 2007, *M. Planchenault* (1^{ère} espèce) et *Garde des sceaux, ministre de la Justice c. M. Boussouar* (2^e espèce), *RFDA*, 2008, p. 87 s.

55 B. Genevois, *op. cit.*, p. 489.

dans ses conclusions, recouvrait les sanctions disciplinaires qui entraîneraient « une atteinte substantielle à la situation statutaire ou administrative de l'intéressé » ; le critère de la « gravité » recouvrait les mesures qui entraîneraient « une atteinte sensible à des libertés ou droits protégés – critère qui intégrerait d'ailleurs notamment l'éventuelle aggravation sensible des conditions de vie de la personne punie ». Ainsi, le critère abstrait de la « nature » et le critère concret de la « gravité » étaient utilisés comme des critères cumulatifs. Cependant, dès l'année suivante, le critère de la « gravité des effets » a montré qu'il pouvait faire l'objet d'une interprétation étroitement legaliste, ce qui réduisait singulièrement la portée de l'arrêt *Marie*. Ainsi, dans son arrêt *Fauqueux* du 28 février 1996⁵⁶, le Conseil d'État évaluait les conséquences d'une mise à l'isolement sur la seule base du code de procédure pénale – qui précisait que cette mesure ne soustrayait pas le détenu au « régime ordinaire de détention » – et concluait que la mise à l'isolement n'avait « pas pour effet d'aggraver les conditions de détention », sans s'intéresser aux effets *concrets* de la mise à l'isolement. La décision fut évidemment mal accueillie, et la solution abandonnée en 2003 : sur les conclusions de Mattias Guyomar, le Conseil d'État en revint à une appréciation plus concrète des effets de la mesure⁵⁷. Il jugea ainsi dans son arrêt *Remli* du 30 juillet 2003 que, indépendamment des termes du Code pénal, le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constituait, « eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ». Qui plus est, le critère de la nature de la mesure n'était pas pris en compte, ce qui impliquait que le critère purement concret de « l'importance des effets sur les conditions de détention » suffisait, seul, à écarter la qualification de mesure d'ordre intérieur. Critère abstrait et critère concret se révélaient alternatifs et non cumulatifs.

Le danger devenait alors que la jurisprudence ne dérive en une suite illisible de solutions qui évalueraient concrètement, au cas par cas, « l'importance des effets » de telle ou telle mesure « sur les conditions de détention ». Les justiciables ne pourraient jamais anticiper si leur recours avait une quelconque chance d'être reçu. La catégorie de mesure d'ordre intérieur risquait surtout de perdre sa cohérence dès lors qu'un élément de légalité au fond – les effets concrets de la mesure *spécifiquement* attaquée sur la situation matérielle *spé-*

⁵⁶ Leb. 52.

⁵⁷ M. Guyomar, conclusions sur CE, 30 juillet 2003, *Remli*, Gazette du Palais, 13/11/2003, n° 317, p. 10.

cifique du requérant – pourrait être discrètement utilisé comme critère de recevabilité du recours. C'est pourquoi en 2007, par ses arrêts *Planchenault* et *Boussouar*, le Conseil d'État a de nouveau modifié son approche à l'invitation de Mattias Guyomar, passant d'une appréciation mesure par mesure à une distinction abstraite entre des *catégories* de mesures – constituant, ou pas, des mesures d'ordre intérieur. Les critères utilisés seraient tout simplement ceux dégagés par les arrêts *Marie* et *Remli* : telle *catégorie* de mesures serait susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir eu égard à sa nature (critère de légalité objective) et à l'importance de ses effets (importance appréciée alors de façon « abstraite », comme dans le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel).

Pourtant, la logique intrinsèquement concrète des droits fondamentaux a révélé à ce moment toute sa puissance. Une catégorie de mesures bénéficiait en effet, selon la nouvelle construction jurisprudentielle, d'une présomption *irréfragable* de justiciabilité si elle remplissait le critère de la « nature » ou celui de « l'importance des effets ». Mais elle ne bénéficiait que d'une présomption *simple* dans le cas où, après application des critères, elle ne paraîtrait pas susceptible d'être déferée au juge. La présomption pourrait être levée si la mesure, dans le cas d'espèce, « mettait en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus ». Ainsi le risque d'utiliser un élément de légalité au fond comme critère de recevabilité, que l'on venait de chasser par la porte, rentrait par la fenêtre. « A quoi bon définir des catégories de mesures d'ordre intérieur si l'on doit admettre que certains actes doivent y échapper ? », s'interrogeait franchement Mattias Guyomar dans ses conclusions. « Mais si le système que nous nous efforçons d'échafauder reste imparfait au regard de l'objectif de prévisibilité qu'il cherche à atteindre, une telle réserve est la condition qu'il ne soit pas inique. »⁵⁸ Il ne reste plus alors, comme moyen de prévenir la contradiction qu'il y a à juger de la légalité au stade de la recevabilité, qu'à donner de la « mise en cause des droits et libertés fondamentaux des détenus » une définition abstraite qui ne préjugerait pas de la légalité d'une telle « mise en cause » – comme le fait par exemple Claire Landais qui définit abstraitement en 2009 la « mise en cause » comme « une atteinte excédant celle qu'implique nécessairement [la] condition [de détenu] »⁵⁹. Mais convenons qu'à ce stade la subtilité devient extrême. On voit que les droits fondamentaux attirent irrésistiblement à eux un

⁵⁸ Concl. cit. sur *Planchenault* et *Boussouar*.

⁵⁹ Dans ses conclusions sur CE, 9 avril 2008, *M. Rogier*, cité in M. Guyomar, « Le juge administratif, juge pénitentiaire », *Mélanges Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 474.

contrôle concret de la part du juge, et fragilisent par avance toute tentative de circonscrire par des critères de légalité objective un résidu de mesures d'ordre intérieur injusticiables. Comment pourrait-il en être autrement alors que le juge administratif, en tant que protecteur des droits fondamentaux, se trouve porteur de l'aspiration morale la plus puissante de notre temps ?

Injusticiabilité et droit fiscal : le cas des rescrits

Martin Collet, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
membre du Conseil des prélèvements obligatoires

L'une des singularités du droit fiscal tient à l'extrême raffinement des règles procédurales présidant aux relations entre administration et contribuables. A tous les stades de cette relation (de la déclaration des bases taxables à l'établissement de l'impôt, en passant par le contrôle du contribuable et par le recouvrement de sa dette), celle-ci est non seulement codifiée mais de multiples voies de recours, tant administratives que juridictionnelles, sont prévues par les textes. Les enjeux financiers – souvent significatifs – attachés à cette relation expliquent cet état de fait. Il apparaît ainsi difficile d'identifier des zones d'injusticiabilité dans ce dense maillage procédural.

Toutefois, le développement de la technique du rescrit, promue à grand renfort de communication par l'administration fiscale au début des années 2000, a pu ouvrir une brèche en laissant certains actes ou comportements de l'administration hors de portée du juge, au grand regret de leurs destinataires.

Rappelons que la notion de rescrit renvoie aux prises de position formelles de l'administration sur la situation personnelle d'un contribuable. Dans la majorité des cas, un tel rescrit est sollicité lorsqu'une entreprise ou un particulier souhaite s'assurer qu'il est en droit de bénéficier d'un régime fiscal spécifique au titre d'une opération à venir. En cas de réponse positive, le rescrit ainsi déli-

vré devient opposable à l'administration¹ et garantit le contribuable contre tout éventuel changement de doctrine des services de contrôle. Mais dans l'hypothèse où l'administration apporte une réponse négative qui ne convainc pas le contribuable, ce dernier se retrouve dans une situation embarrassante : il peut se plier aux dires de l'administration en espérant obtenir gain de cause devant le juge de l'impôt une fois l'opération réalisée mais devra pour cela patienter en pratique plusieurs années ; il peut à l'inverse faire le choix de passer outre la prise de position administrative mais au risque de subir un redressement et, surtout, de faire l'objet d'une sanction pour mauvaise foi (le vérificateur estimant que le contribuable a délibérément violé une règle qui, à sa demande, lui avait pourtant été expressément rappelée...). Enfin, dans certains cas, le contribuable peut tout bonnement faire le choix d'abandonner son projet.

Pour prévenir ces situations, la question d'un éventuel contrôle juridictionnel des rescrits « négatifs », en amont de la procédure d'imposition, se pose régulièrement. Toutefois, jusqu'à présent, le Conseil d'État rejetait généralement le recours pour excès de pouvoir contre une telle prise de position en considérant que si la réponse défavorable de l'administration pouvait certes être regardée comme comportant une décision faisant grief, elle ne présentait pas « le caractère d'un acte détachable de la procédure d'imposition » et n'était donc pas susceptible d'être attaquée par cette voie de droit² : le contribuable devait alors attendre le terme de la procédure d'imposition pour saisir le juge fiscal. C'est donc, pour l'essentiel, le principe dit de l'exception de recours parallèle – selon lequel la voie du recours pour excès de pouvoir (REP) reste fermée lorsque la loi a aménagé une procédure juridictionnelle spécifique permettant d'obtenir des résultats au moins similaires – qui justifie cette solution.

Restait néanmoins une hypothèse dans laquelle l'accès au juge restait, en pratique, impossible (suggérant donc l'existence d'une forme d'injusticiabilité) : celle dans laquelle, par prudence ou par nécessité, le contribuable faisait le choix d'abandonner son projet, n'ayant pas obtenu les assurances nécessaires de la part de l'administration. Pour ne citer qu'un exemple, le refus de rescrit opposé à une entreprise envisageant une lourde opération de restructuration impliquant d'importants enjeux fiscaux pouvait dissuader les apporteurs de capitaux d'accompagner l'opération.

¹ V. LPF, art. L. 80 A)

² CE, 26 mars 2008, n° 278858, Assoc. Pro-Musica ; Dr. fisc. 2008, n° 23, comm. 368, conclusions F. Sénars, note O. Fouquet.

C'est vraisemblablement en pensant à ce type de situation que le Conseil d'État a souhaité préciser, dans une décision *Société Export Press* du 2 décembre 2016³, les cas dans lesquels le juge de l'excès de pouvoir peut être conduit à apprécier la légalité d'un rescrit fiscal, quelques mois après avoir amendé les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir (REP) dirigé contre certaines prises de position de « droit souple » des autorités de régulation⁴. Tout en rappelant que, « en principe, une telle décision [de rescrit négatif] ne peut, compte tenu de la possibilité d'un recours de plein contentieux devant le juge de l'impôt, pas être contestée par le contribuable par la voie du recours pour excès de pouvoir », la section du contentieux du Conseil d'État décide néanmoins de ménager quelques exceptions. D'une portée très mesurée, cette solution a néanmoins pour conséquence de réduire l'un de rares domaines potentiels d'injusticiabilité (I)... mais au prix d'un considérant de principe (s'il est permis d'employer cette expression malgré la disparition formelle des « considérants » dans les décisions du Conseil d'État) dont la rédaction aux accents hyper-subjectivistes a de quoi dérouter (II).

I. Une ouverture limitée du champ du recours pour excès de pouvoir

Derrière la notion de rescrit fiscal, la loi distingue d'une part une procédure de rescrit dit « général »⁵ qui permet au contribuable de solliciter une prise de position sur toute question relative à sa situation fiscale personnelle et, d'autre part, plusieurs procédures de rescrits dits « spéciaux » qui portent sur l'application de divers régimes fiscaux dérogatoires et qui, pour la majorité d'entre elles, prévoient que le silence gardé par l'administration pendant trois mois vaut acceptation implicite de la demande⁶. Tandis que la décision *Société Export Press* prévoit opportunément une quasi-généralisation du REP dans ces derniers cas (A), elle ne l'envisage pour le premier cas que dans ces situations extrêmes (B). Reste que ces situations sont précisément celles qui, jusqu'à présent, ne pouvait pas non plus donner lieu à la saisine du juge de l'impôt.

³ CE, sect., 2 déc. 2016, n° 387613, min. éco. fin. c/ Sté Export Press.

⁴ CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, Sté Fairvesta International GmbH ; CE, ass., 21 mars 2016, n° 390023, Sté NC Numéricable, JCP G 2016, 623, Th. Perroud.

⁵ LPF, art. L. 80 B, 1°.

⁶ V. : LPF, art. L. 80 B, 2° à 5° et 8° ; LPF, art. L. 80 C ; LPF, art. L. 18 ; LPF, art. L. 64 B.

A. LA QUASI-GÉNÉRALISATION DU REP EN MATIÈRE DE RESCRITS « SPÉCIAUX »

Dorénavant, les réponses négatives opposées par l'administration aux demandes de rescrits spéciaux pourront toutes faire l'objet d'un REP – à l'exception de celles portant sur les accords en matière de prix de transfert, comme nous le verrons, et de celles, ignorées par l'arrêt mais rarissimes en pratique, visant à échapper à la procédure de répression des abus de droit. Cette solution opportune repose sur de solides justifications, clairement exposées par le rapporteur public, Emmanuelle Cortot-Bouchet. En premier lieu, c'est la loi elle-même qui, en aménageant ces procédures de rescrits spéciaux et en leur attachant un régime propre, suggère leur « détachabilité » de la procédure d'imposition. Ensuite, ces procédures portent à chaque fois sur l'application de régimes relativement circonscrits. Le juge de l'excès de pouvoir – voire, le cas échéant, le juge des référés – est ainsi suffisamment outillé techniquement pour juger de la légalité de la réponse administrative, indépendamment de la situation fiscale plus générale du contribuable. Enfin, cette généralisation du recours contre les rescrits spéciaux négatifs prolonge harmonieusement la jurisprudence relative aux refus d'agrément qui repose sur une logique proche⁷.

Sur le plan procédural, le Conseil d'État a toutefois souhaité que l'accès au juge de l'excès de pouvoir ne soit pas direct : il sera conditionné par l'exercice préalable de la procédure dite de « second examen » qui, depuis la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008⁸, permet au contribuable mécontent de la réponse à sa demande de rescrit (général comme spécial) de retenter sa chance devant un collège de haut gradés de l'administration. Si l'exercice de ce recours administratif préalable a pour inconvénient de retarder l'éventuelle saisine du juge de plusieurs mois, il présente l'avantage de faciliter le règlement amiable du conflit et de respecter l'esprit de la procédure de rescrit en maintenant un espace de discussion directe entre le contribuable et l'administration.

Seule exception notable à cette évolution, la procédure d'accord sur les prix de transfert (qui représentent les prix auxquels les sociétés d'un même groupe transnational s'échangent des biens et services) est expressément écartée par le Conseil d'État de ce mouvement d'extension du REP. Bien que la décision ne

⁷ V. : CE, sect., 10 mars 1967, n° 64509, Sté Samat : Lebon, p. 113 ; *AJDA* 1967, p. 280, conclusions Y. Galmot.

⁸ LPF, art. L. 80 CB.

s'en explique pas, de bonnes raisons justifient ce traitement particulier. D'abord, si la loi⁹ rend opposable à l'administration ses engagements en matière de prix de transfert, elle ne prévoit pas d'accord tacite en cas de silence, comme pour les autres rescrits spéciaux. Ensuite et surtout, il aurait été imprudent de confier au juge de l'excès de pouvoir la possibilité d'examiner le refus de l'administration de valider les méthodes de calcul qu'une entreprise souhaite adopter pour ses prix de transfert : seul un examen complet de la situation économique et comptable de l'entreprise (voire de ses concurrentes) permet d'apprécier la pertinence des méthodes retenues. Seul un juge de plein contentieux, saisi de l'intégralité du dossier fiscal de l'entreprise, paraît à même d'évaluer de manière sérieuse et approfondie les choix opérés en la matière par le contribuable et de contrôler leur éventuelle mise en cause par l'administration.

B. LA JUSTICIABILITÉ EXCEPTIONNELLE DES REFUS DE RESCRITS

« GÉNÉRAUX »

Soucieux de ne pas brutaliser à l'excès le principe de l'exception de recours parallèle, le Conseil d'État n'ouvre que de manière extrêmement limitée le recours pour excès de pouvoir contre les réponses défavorables de l'administration à une demande de rescrit « général » : seules peuvent être contestées les prises de position qui, si le contribuable s'y conformait, entraîneraient « des effets notables autres que fiscaux » (sachant que les effets fiscaux peuvent, quant à eux, être réparés par le juge fiscal au terme de la procédure d'imposition). Selon le juge, de tels effets notables sont constitués « notamment, lorsque le fait de se conformer à la prise de position de l'administration aurait pour effet, en pratique, de faire peser sur le contribuable de lourdes sujétions, de le pénaliser significativement sur le plan économique ou encore de le faire renoncer à un projet important pour lui ou de l'amener à modifier substantiellement un tel projet ».

Avant de voir ce que cette rédaction a de troublant, il importe d'en cerner la signification pratique. Celle-ci ne fait guère de doute : la débauche d'adverbes et d'adjectifs qui accompagne le considérant de principe marque la volonté du Conseil d'État de n'ouvrir le prétoire du juge de l'excès de pouvoir qu'à des situations extrêmes. C'est ce qu'illustrent les faits d'espèce, qui portaient sur la

⁹ LPF, art. L. 80 B, 7°.

demande d'une entreprise de bénéficier d'un taux réduit de TVA sur une partie de sa production : se plier à la réponse négative de l'administration impliquait des conséquences très lourdes financièrement et en partie insusceptibles d'être effacées par le juge fiscal (sachant que, par principe, la TVA effectivement facturée reste due : si le contribuable se range prudemment à la prise de position de l'administration puis obtient gain de cause devant le juge, il ne peut pas récupérer la TVA ainsi facturée). Au-delà des demandes portant sur le bénéfice d'un taux réduit de TVA, on peut également penser au cas – évoqué plus haut – d'entreprises sollicitant un rescrit dans le cadre d'une opération de restructuration afin de bénéficier du régime fiscal favorable réservé à certaines fusions : un refus de l'administration peut conduire à un abandon pur et simple de l'opération.

Finalement, en pratique, la décision du 2 décembre 2016 est sans doute moins innovante qu'elle s'en donne l'air. Si l'on met de côté son considérant de principe (on y reviendra), elle s'inscrit pleinement dans la démarche pragmatique qu'avait déjà emprunté à plusieurs reprises le juge de l'excès de pouvoir pour admettre, dans des cas similaires, de détacher de la procédure d'imposition plusieurs décisions afin de prévenir la formation de situations particulièrement pénibles pour le contribuable, et parfois insusceptible d'être soumises à un juge. Par exemple, depuis un arrêt de 1979, la décision par laquelle l'administration refuse ou retire le « certificat d'inscription » permettant aux entreprises de presse de bénéficier du taux de TVA « super-réduit » de 2,1 %¹⁰ peut être contestée, de même que, depuis 1978, la décision de refus du directeur des services fiscaux d'accorder le bénéfice de ce même régime fiscal¹¹. L'arrêt *Société Export Press* a le mérite de fixer un cadre général à la reconnaissance de ces cas de figure et, espérons-le, de conforter la procédure de rescrit en limitant les risques d'un traitement à la légère, par l'administration, de certaines demandes pourtant lourdes d'enjeu. Il est en tout cas heureux que le Conseil d'État se soit abstenu d'ouvrir plus largement les possibilités de contester les refus de rescrit « général ». Pour des raisons qu'on a déjà exposées ailleurs¹², la généralisation de cette voie de recours aurait non seulement déséquilibré l'office

10 V. : CE, sect., 18 mai 1979, n° 13803, Lallemand : Dr. fisc. 1980, n° 32, comm. 1768 ; RJF 11/79, n° 642.

11 V. : CE, sect., 3 nov. 1978, n° 3129, Lamothe-Lemaire : Dr. fisc. 1979, n° 12, comm. 593 ; RJF 12/78, n° 526.

12 V. : M. Collet, « « Droit souple » et droit public financier : quel contrôle pour les rescrits ? », *RFDA* 2016, p. 1044.

du juge de l'impôt mais, surtout, menacé la procédure de rescrit qui, comme on l'a rappelé, vise avant tout à ouvrir un espace de dialogue entre le contribuable et l'administration et non à produire du contentieux.

II. Une justification ambiguë

Plutôt que d'énoncer une liste des catégories de rescrits susceptibles de recours (en évoquant par exemple les demandes portant sur le bénéfice d'un régime dérogatoire prévu par la loi, ce qui aurait pu englober à la fois les rescrits spéciaux envisagés ci-dessus, mais aussi les demandes liées aux taux réduits de TVA ou encore au régime spécial des fusions), le Conseil d'État a fait, comme on l'a vu, un choix plus audacieux : celui de redéfinir les conditions d'accès au juge de l'excès de pouvoir au regard des effets pratiques que peuvent revêtir certains refus de rescrit – en considérant au passage que les réponses opposées à des demandes de rescrits spéciaux sont réputées remplir ces conditions.

Au premier abord, cette démarche a quelque chose de séduisant. En s'appuyant sur les « effets notables » que le rescrit négatif est susceptible d'entraîner pour admettre sa contestation, la décision du 2 décembre s'inscrit dans une démarche dépassant largement les arrêts du 21 mars 2016 relatifs au « droit souple » précités qui reposent également sur cette référence aux effets pratiques des actes des autorités de régulation. En réalité, ces décisions prolongent toutes un profond mouvement de subjectivisation des principes du contentieux de la légalité, décelable derrière de nombreux pans de la jurisprudence administrative, allant de la restriction du champ des mesures d'ordre d'intérieur au regard des « effets » des actes litigieux sur la situation personnelle des requérants¹³ à la protection des « espérances légitimes » que la loi a fait naître auprès des contribuables¹⁴. Pour le résumer d'un mot, ce mouvement consiste à prendre toujours plus au sérieux le « ressenti » – nécessairement subjectif – des requérants pour en tirer des conséquences sur la recevabilité des recours comme sur les modalités d'examen de la légalité de certaines décisions administratives.

Cette démarche du juge administratif, derrière laquelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est pour beaucoup, présente d'évi-

¹³ V. : CE, ass., 17 févr. 1995, n° 107766, Hardouin, Lebon, p. 82.

¹⁴ V. CE, plén., 9 mai 2012, n° 308996, min. c/ Sté EPI, Dr. fisc. 2012, n° 26, comm. 355, note S. Vailhen ; RJF 7/2012, n° 786, conclusions J. Boucher, p. 595.

dents mérites en offrant une planche de salut contentieuse à des administrés malmenés par certains comportements de l'administration qui, jusqu'alors, ne pouvaient être appréhendés qu'à travers une hypothétique action en indemnisation. Elle n'est toutefois pas sans danger : la légalité de l'action administrative ne peut évidemment dépendre exclusivement de la manière dont les personnes touchées se sentent affectées par cette intervention. C'est ainsi que, jusqu'à présent, le Conseil d'État s'était efforcé de baliser finement le degré de prise en compte des effets pratiques des décisions en cause et du « ressenti » de leurs destinataires. La jurisprudence relative aux espérances légitimes des contribuables (*préc.*), en cohérence avec l'approche européenne de la « confiance légitime », illustre parfaitement ce souci du juge de mettre un peu d'objectivité – en s'efforçant d'identifier les éléments permettant a priori de mesurer le degré de légitimité d'une espérance – dans la prise en compte d'un sentiment subjectif.

Or, cet exercice d'équilibrisme nous semble notoirement perdu de vue par la décision Société Export Press. Sans doute mue par le louable désir d'explicitement le sens de sa décision, la section du contentieux en délivre un mode d'emploi qui malmène l'exigence d'objectivation des critères d'identification des actes susceptibles de recours. Ainsi, en particulier, l'administré peut dorénavant accéder au juge de la légalité s'il prouve que l'acte contesté pourrait « le faire renoncer à un projet important *pour lui* » (c'est nous qui soulignons). Difficile d'imaginer une approche plus subjective de l'accès au prétoire. Et, à nouveau, l'abondance des adverbes et des adjectifs n'y changera rien. Le Conseil d'État a beau insister sur le fait qu'un tel projet doit être « important », tout comme sont seules contestables les réponses de l'administration qui pourraient pénaliser « significativement » le contribuable sur le plan économique ou encore l'amener à modifier « substantiellement » le fameux projet qui lui importe tant : cette formulation risque fort d'être entendue (à tort, on l'a vu) comme une invitation à saisir en masse le juge de l'excès de pouvoir. Quel contribuable n'est pas convaincu de l'importance de ses projets et du poids considérable des sujétions, ne serait-ce que comptables, qu'implique une réponse de l'administration différente de celle escomptée ? À trop vouloir communiquer sur sa volonté de défendre les droits des administrés, le juge administratif risque de perdre de vue que c'est avant tout la défense de l'intérêt général, plutôt que celle des intérêts particuliers qui, depuis l'origine, justifie le contrôle de légalité.

Les évadés fiscaux sont-ils justiciables ?

Vanessa Barbé, Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans

Les scandales de fraude fiscale massive ne se comptent plus depuis quelques années, impliquant le plus souvent un paradis fiscal : les *Panama Papers*, le *LuxLeaks*, l'évasion fiscale des footballeurs etc...

Les paradis fiscaux peuvent être définis par la réunion des éléments suivants, identifiés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) :

- une fiscalité très faible voire inexistante, pesant notamment sur les entreprises ;
- l'absence de nécessité d'exercer une activité substantielle pour les entreprises qui s'y localisent ;
- l'absence de transparence ou d'échange des renseignements fiscaux.

Juridiquement, les paradis fiscaux prennent le nom d'États ou territoires non coopératifs (ETNC). Les ETNC font aujourd'hui l'objet d'une liste noire, au regard du critère du nombre de conventions fiscales conclues, facilitant la transparence de leurs activités. L'article 238-0 A du code général des impôts (CGI) définit les ETNC : « Sont considérés comme non coopératifs, à la date du 1^{er} janvier 2010, les États et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'Organisation de

coopération et de développement économiques et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze États ou territoires une telle convention ». La liste officielle des ETNC en 2016 est très restreinte : elle comprend le Botswana ; Brunei ; le Guatemala ; les Îles Marshall ; Nauru ; Niue ; et le Panama¹. Or il n'est pas douteux que certains États tels les Bahamas, Singapour ou même en Europe, le Luxembourg ou la Suisse peuvent être considérés comme des paradis fiscaux en dépit du nombre de conventions fiscales qui ont été conclues avec d'autres États.

Le code général des impôts comprend une autre notion qui semble plus réaliste : le régime fiscal privilégié. Ainsi, l'article 238 A CGI dispose : « les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies ».

L'évasion fiscale quant à elle, recouvre deux types de comportements. Il ne faut pas confondre l'évasion fiscale et l'expatriation fiscale, qui consiste en une installation dans un autre État, motivée par des raisons fiscales. Les comportements de l'évadé fiscal sont quant à eux très variables, et peuvent être légaux ou illégaux.

Le comportement illégal consiste à cacher ses fonds ou ses biens à l'étranger afin de les faire échapper au fisc français (par exemple, ouvrir un compte en Suisse sans en informer l'administration fiscale française). Il n'est pas interdit d'ouvrir un compte en Suisse, ce qui l'est en revanche est de cacher cette information ainsi que les sommes concernées à l'administration fiscale française.

Ceci est constitutif d'une fraude fiscale, passible d'une amende : en application du IV de l'article 1736 du CGI, les infractions aux obligations de déclaration entraînent l'application d'une amende de 1 500 € par compte ou avance non déclaré. Lorsque l'infraction porte sur la non-déclaration d'un compte bancaire détenu dans un État ou territoire n'ayant pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la

¹ Arrêté du 8 avril 2016.

fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires, le montant de l'amende est porté à 10 000 € par compte bancaire non déclaré. Le contribuable doit en outre s'acquitter des impôts dus sur les sommes dissimulées (impôts sur le revenu ou la fortune) et de sanctions pour non-déclaration et retard de paiement.

Mais il existe aussi un comportement considéré comme légal mais peu « éthique » ou « moral » de l'évadé fiscal, bien connu notamment des grandes multinationales, qui consiste à profiter de la concurrence des systèmes fiscaux pour bénéficier de montages élaborés par des cabinets de conseil, permettant d'échapper à l'impôt là où leur activité est pourtant exercée. Dans ce cas, on parle d'optimisation fiscale. Celle-ci est pratiquée par les évadés fiscaux lorsque cette optimisation implique un paradis fiscal ou un régime fiscal privilégié. L'évasion fiscale est une pratique maintenant bien rodée pour échapper à l'impôt, et sous le feu des projecteurs de l'actualité ; il est donc permis de penser que les dispositifs visant à sanctionner les évadés fiscaux sont désormais très développés et efficaces. Toutefois, les évadés fiscaux semblent peu ou rarement sanctionnés, eu égard à la multiplication de ces comportements. Être justiciable signifie répondre de ses actes devant la justice. Or, les évadés fiscaux ne sont peu ou pas justiciables. Il s'agit d'une injusticiabilité interne², due à la nature même du comportement considéré, qui n'est pas toujours réprimé par la loi, car très difficile à appréhender. Ce constat de fait est notamment justifié par la faiblesse des moyens du droit fiscal international.

Il est toutefois possible de comparer la justiciabilité des évadés fiscaux coupables d'une fraude fiscale (I), et celle des évadés qui n'ont pas commis de fraude fiscale (II).

I. Les évadés fiscaux ayant commis une fraude fiscale : une justiciabilité très limitée

Les évadés fiscaux ayant commis une fraude fiscale sont passibles de sanctions pénales, lesquelles sont très aléatoires (A), mais aussi d'amendes fiscales dont le montant peut sembler dérisoire par rapport aux sommes détournées (B).

² V. l'introduction de l'ouvrage.

A. L'ACTION PÉNALE SOUMISE À DE NOMBREUX ALÉAS

1. *L'action pénale cantonnée aux cas les plus graves de dissimulation*

Le contribuable coupable du délit de fraude fiscale est identifié de façon assez large à l'article 1741 du code général des impôts : il s'agit de « quiconque s'[é]tant] frauduleusement soustrait ou [ayant] tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse ». Le délit de fraude fiscale est ainsi constitué en présence d'un élément matériel (une soustraction à l'impôt), et d'un élément intentionnel (la volonté de commettre la fraude).

La loi du 14 mars 2012 a porté le montant des amendes pénales de 37 500 € à 500 000 € dans le cas général, et de 75 000 € à 750 000 € dans des cas particuliers, notamment de facturation fictive. Les peines sont portées de cinq à sept ans de prison et un million d'euros d'amende lorsque le délit comporte l'utilisation d'un paradis fiscal (délict de fraude fiscale aggravée).

Toutefois, le délit de fraude fiscale ne concerne que les cas les plus graves de dissimulation, sans que ceux-ci ne soient précisément identifiés. C'est ce que confirme la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016, *M. Jérôme C. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]*³. Il en résulte un certain aléa de la poursuite pénale : « Le principe de nécessité des délits et des peines ne saurait interdire au législateur de fixer des règles distinctes permettant l'engagement de procédures conduisant à l'application de plusieurs sanctions afin d'assurer une répression effective des infractions. Ce principe impose néanmoins que les dispositions de l'article 1741 ne s'appliquent qu'aux cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt. Cette gravité peut résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention » (§ 21).

3 V. notamment, M. Collet, P. Collin, « Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes », *La Semaine juridique. Édition générale*, 18 juillet 2016, n° 29, pp. 1453-1456 ; J. Lasserre Capdeville, « La constitutionnalité « mesurée » du cumul des sanctions fiscales et pénales », *Actualité juridique. Pénal*, septembre 2016, n° 9, p. 430-432.

2. La plainte soumise à un double verrou

En outre, l'action pénale à l'occasion d'un délit fiscal est subordonnée à ce que l'on nomme le double verrou :

- l'administration fiscale doit saisir la commission des infractions fiscales. Cette commission est principalement composée de magistrats et de personnalités qualifiées. Elle doit donner son avis conforme aux poursuites.
- l'action du procureur est subordonnée à une plainte de l'administration fiscale (dite verrou de Bercy).

Cette contrainte a récemment fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel, confirmant la constitutionnalité de cette action (décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, *M. Karim B. [Subordination de la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration]*)⁴.

3. Amnisties fiscales

Enfin, l'évadé fiscal peut encore bénéficier d'une amnistie fiscale⁵, qui semble devenir un moyen ordinaire de la politique fiscale, permettant de rapatrier les avoirs des évadés fiscaux en France, en contrepartie de l'oubli de la méconnaissance de leurs obligations envers le fisc français. L'amnistie suppose un défaut de déclaration total ou partiel d'impôts. Il s'agit d'une mesure générale prévue par la loi ayant pour objet de permettre aux contribuables en infraction et remplissant les conditions d'éligibilité de bénéficier d'avantages particuliers par rapport à la stricte application des règles en vigueur afin de les inciter à déclarer spontanément les opérations omises et à s'acquitter des sommes prévues pour cette régularisation.

Par exemple au printemps 2009, une cellule d'accueil a été créée pour les contribuables souhaitant régulariser leur situation après la nouvelle politique du G20 dans la lutte contre les paradis fiscaux. En vigueur jusqu'au 31 décembre 2009, cette amnistie empêchait l'application des sanctions de droit commun en matière de non-paiement des impôts sur le revenu et la fortune des années 2006 à 2008. Dans cette hypothèse, des pénalités réduites étaient prévues (limitées à 5 ou 20 %).

⁴ V. notamment, A.-L. Cassard-Valembois, « Le « verrou de Bercy » n'a pas sauté ! », *Actualité juridique. Droit administratif*, 17 octobre 2016, n° 34, p. 1925-1928.

⁵ V. M.-C. Bergerès, É. Pichet, « Amnistie fiscale : les voies du salut », *Revue de droit fiscal*, 22 juillet 2004, n° 30, p. 1209-1214.

Ce type de dispositifs pose d'évidents problèmes au regard du principe d'égalité devant la loi de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel valide cependant ces amnisties, justifiées par un motif d'intérêt général : « dans l'intention du législateur, les dispositions de l'article 11 visent à éviter qu'un contribuable qui n'a pas acquitté l'impôt persévère dans un comportement irrégulier ; qu'elles tendent, en outre, à susciter le rapatriement des avoirs détenus à l'étranger afin de faire bénéficier l'économie nationale d'un apport de ressources financières nouvelles ; que, s'il est ainsi dans la nature du texte de porter atteinte au principe d'égalité devant l'impôt, pour des motifs d'intérêt général qu'il appartient au législateur d'apprécier, une telle atteinte ne peut, cependant, être admise qu'à la condition que les personnes bénéficiaires de l'amnistie soient définies de manière objective et que les modalités retenues limitent les effets de cette mesure à l'apurement des irrégularités antérieures à son entrée en vigueur »⁶.

Finalement, les sanctions pénales ne sont réservées qu'aux cas les plus graves de fraude fiscale, mais le seuil de ce critère de gravité n'est pas fixé par la loi. Ces sanctions sont en outre relativement aléatoires en raison du double verrou et d'une éventuelle amnistie. Quant aux sanctions administratives, celles-ci semblent bien dérisoires, et sont de plus en plus encadrées.

B. LA FAIBLESSE DES SANCTIONS FISCALES ENCOURUES PAR LES ÉVADÉS FISCAUX

1. *Le montant des sanctions fiscales*

L'autre sanction possible en cas de découverte de la fraude consiste en un redressement assorti de sanctions fiscales. Des intérêts de retard sont également dus en raison du dommage causé par le paiement différé.

Les intérêts de retard s'élèvent à 0.4 % de la somme due par mois de retard, c'est-à-dire à 4.8 % par an. Quant aux sanctions fiscales à proprement parler, elles peuvent s'élever à 10 % de la somme due en cas de non-déclaration. Ces sanctions peuvent être jugées ridiculement basses, lorsqu'on imagine les sommes en jeu dans les cas d'évasion fiscale.

⁶ Décision n° 86-209 DC du 3 juillet 1986, *Loi de finances rectificative pour 1986*.

Si le contribuable commet une erreur dans sa déclaration, il n'encourt pas de sanction s'il est de bonne foi, sauf en matière d'impôt sur le revenu, car une majoration de 10 % est due même en cas de bonne foi. En revanche, en cas de mauvaise foi (manquement délibéré), la majoration est de 40 %. En cas de manœuvres frauduleuses, la majoration est de 80 %. Les manœuvres frauduleuses ont été définies comme la mise en œuvre de procédés conscients et volontaires destinés à faire disparaître ou réduire la matière imposable.

En cas de défaut ou de retard de paiement, les majorations sont les suivantes : 10 % s'agissant de l'impôt sur le revenu ou des impôts locaux ; 5 % pour les autres impôts.

Enfin, en cas d'opposition à contrôle fiscal, la majoration est de 100 % (voir par exemple CAA Marseille, 14 décembre 2012, *min. c/SARL Casa Sansa* à propos d'une opposition à contrôle fiscal constituée par une destruction volontaire des données informatiques de l'entreprise).

Les tentatives du législateur d'augmenter le montant de ces pénalités ne sont pas toujours jugées conformes aux droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel. Par exemple, dans sa décision n° 2015-481 QPC du 17 septembre 2015, *Époux B. [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger]*⁷, le Conseil constitutionnel avait jugé l'amende forfaitaire de 1 500 € par compte non déclaré et 10 000 € si le compte était ouvert dans un paradis fiscal conforme au principe de proportionnalité des peines. Or une telle amende semble dérisoire, si des millions d'euros sont en jeu dans chaque compte. En revanche, l'amende proportionnelle qui était également prévue a été censurée par le Conseil constitutionnel (si le total de la valeur des contrats non déclarés est supérieur à 50 000 €, l'amende est portée à 5 % de la valeur de ces contrats). Ainsi, dans sa décision n° 2016-554 QPC du 22 juillet 2016, *M. Gilbert B. [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger II]*, le Conseil constitutionnel a jugé que : « L'amende prévue par les dispositions contestées, qui réprime l'absence de déclaration annuelle des comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger, est fixée en pourcentage du solde de ces comptes dès lors que le total de ces soldes excède 50 000 euros au 31 décembre de l'année. Cette amende est encourue même dans l'hypothèse où les sommes figurant sur ces comptes n'ont pas été sous-

⁷ J. Lasserre Capdeville, « Constitutionnalité de l'amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger », *La Gazette du Palais*, 21 et 22 octobre 2015, n° 294-295, p. 10-12.

traites frauduleusement à l'impôt. En prévoyant une amende proportionnelle pour un simple manquement à une obligation déclarative, le législateur a instauré une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des faits qu'il a entendu réprimer. Dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, les dispositions contestées, qui méconnaissent le principe de proportionnalité des peines, doivent être déclarées contraires à la Constitution » (§ 7).

2. *Le cumul encadré des sanctions fiscales avec les sanctions pénales*

Alors même que l'on ne peut être puni deux fois pour le même fait (principe *non bis in idem*), le Conseil constitutionnel a toutefois admis que les sanctions administratives peuvent se cumuler avec les sanctions pénales⁸, mais sous la réserve suivante : « Lorsqu'une sanction administrative est susceptible de se cumuler avec une sanction pénale, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».

Influencé par l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 mars 2014 (*Grande Stevens c/ Italie*)⁹ qui a été compris comme remettant en cause ce cumul (ce qui semble avoir été infléchi dans l'arrêt de la Cour européenne du 15 novembre 2016, *A. et B. c/ Norvège*)¹⁰, le Conseil constitutionnel a en outre récemment fait évoluer sa jurisprudence.

Ainsi, dans les décisions n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 (*M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*)¹¹, le Conseil constitutionnel a jugé que le cumul de l'application de dispositions instituant des sanctions, lorsque celles-ci sont infligées à l'issue de poursuites différentes en application de corps de règles distincts, peut méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines si différentes conditions sont réunies : « Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul

8 Décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*.

9 J.-P. Marguénaud, « Non bis in idem – L'affirmation du principe du non-cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales en matière économique », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1^{er} janvier 2015, p. 169-174.

10 M. Pelletier, « Nouveau requiem pour le principe non bis in idem ? », *Revue de droit fiscal*, 24 novembre 2016, n° 47, p. 77-80.

11 P. Idoux, « L'inconstitutionnalité du cumul des répressions administrative et pénale en matière financière », *Droit administratif*, juillet 2015, n° 7, p. 19-20.

ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ; que les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition ; que le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction ; que, si l'éventualité que soient engagées deux procédures peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » (§ 19).

Dans les décisions n° 2016-545 QPC (*M. Alec W. et autre [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]*) et n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016 précitée, le Conseil a toutefois abandonné la condition tirée de ce que les poursuites sont effectuées devant « le même ordre de juridiction ».

Finalement, les évadés fiscaux risquent rarement une sanction pénale, et les sanctions administratives, qui ne permettent pas de traduire l'individu devant la justice, semblent dérisoires. En ce qui concerne les évadés fiscaux n'ayant pas commis de fraude fiscale, l'injusticiabilité est encore plus flagrante.

II. Les évadés fiscaux n'ayant pas commis de fraude fiscale

Les évadés fiscaux n'ayant pas commis de fraude fiscale sont souvent des contribuables qui réalisent des montages permettant de localiser les bénéfices dans des paradis fiscaux. Ces montages ne sont pas illégaux, mais sont permis par la concurrence des systèmes fiscaux et la faiblesse de l'harmonisation des règles de la fiscalité dans le monde. Dans cette hypothèse, il n'est pas possible d'envisager une action pénale, ce qui permet de s'interroger sur la justiciabilité de ces comportements. Il existe toutefois des sanctions fiscales, lesquelles sont très difficiles à mettre en œuvre (A), et des sanctions indirectes qui permettent de contourner l'injusticiabilité de ces comportements (B).

A. DES MESURES DE LUTTE HÉTÉROGÈNES : L'ABUS DE DROIT ET LES DISPOSITIONS CONTRE LES ETNC

1. *L'abus de droit : une procédure difficile à mettre en œuvre*

L'article L64 du Livre des procédures fiscales porte sur l'abus de droit, dont la définition a été élargie par la loi du 30 décembre 2008 : « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

L'abus de droit recouvre ainsi deux comportements distincts¹² :

- le *montage juridique fictif* dont le but est de se soustraire en totalité ou en partie à l'impôt ;
- la *fraude à la loi* qui révèle plutôt une certaine habileté dans le maniement de la loi fiscale (ou de ses failles) afin d'échapper à l'impôt. Il en est ainsi notamment d'une opération qui est certes légale, mais purement artificielle dans le seul but d'éluder l'impôt (par exemple, l'acquisition d'une participation dans une holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance : CE 18 mai 2005, *SA Saga*).

L'abus de droit peut être invoqué dans les affaires internationales (CE 18 février 2004, *Société Pléiade* ; CE 27 juillet 2009 *Société Conforama Holding*). Dans le même ordre d'idées, la Cour de justice a déjà condamné des montages artificiels ayant pour but de se soustraire à la législation de l'État concerné (12 septembre 2006, *Cadbury*) : « Les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à l'incorporation, dans l'assiette imposable d'une société résidente établie dans un État membre, des bénéfices réalisés par une société étrangère contrôlée dans un autre État membre lorsque ces bénéfices y sont soumis à un niveau d'imposition inférieur à celui applicable dans le premier État, à moins qu'une telle incorporation ne concerne que les montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt national normalement dû. L'application d'une

¹² V. sur l'abus de droit : C. Acard, N. Genestier, G. Exerjean, « La ligne de démarcation entre risque fiscal et risque pénal (2^e volet) », *Revue de droit fiscal*, 10 mars 2016, n° 10, p. 13.

telle mesure d'imposition doit par conséquent être écartée lorsqu'il s'avère, sur la base d'éléments objectifs et vérifiables par des tiers, que, nonobstant l'existence de motivations de nature fiscale, ladite société contrôlée est réellement implantée dans l'État membre d'accueil et y exerce des activités économiques effectives ».

Enfin, s'agissant du cas particulier des artistes et sportifs ayant recours à une société-écran, l'article 155 A¹³ du CGI permet d'imposer les rémunérations sans passer par la procédure d'abus de droit¹⁴.

Cette procédure d'abus de droit est très sévère à l'encontre du contribuable, car elle permet à l'administration fiscale d'infliger une majoration de 80 %. Toutefois, cette action est difficile à mener car il faut prouver le but exclusivement fiscal, et car les montages sont souvent à la limite entre l'abus de droit et l'optimisation fiscale¹⁵. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré la tentative du législateur d'élargir l'abus de droit aux montages ayant un but *principalement* et non exclusivement fiscal, en raison de l'inintelligibilité de la disposition, et de sa contrariété avec le principe de légalité des délits et des peines (décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013 sur la loi de finances pour 2014).

2. Dispositifs contre les ETNC ou les États à régime fiscal privilégié : des mesures éparses et inégales

La lutte contre les paradis fiscaux consiste en outre en un traitement fiscal dissuasif en cas d'investissement ou d'opération financière dans un paradis fiscal.

Par exemple, les transactions vers les paradis fiscaux sont traitées défavorablement par le droit fiscal. Notamment, en vertu de l'article 238 A du CGI, les paiements effectués par une société établie en France au profit des personnes physiques ou morales qui sont établies dans un ETNC, ne sont admis comme

13 « I. Les sommes perçues par une personne domiciliée ou établie hors de France en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France sont imposables au nom de ces dernières :

- soit, lorsque celles-ci contrôlent directement ou indirectement la personne qui perçoit la rémunération des services ;
- soit, lorsqu'elles n'établissent pas que cette personne exerce, de manière prépondérante, une activité industrielle ou commerciale, autre que la prestation de services ;
- soit, en tout état de cause, lorsque la personne qui perçoit la rémunération des services est domiciliée ou établie dans un État étranger ou un territoire situé hors de France où elle est soumise à un régime fiscal privilégié au sens mentionné à l'article 238 A ».

14 C. de la Martinière, « Article 155 A du CGI et droit de l'Union européenne : épilogue ? », *Revue de droit fiscal*, 16 mai 2013, n° 20, p. 31-38.

15 P. Camelo Cassan, « De l'optimisation à l'abus de droit, la ligne de partage des mots : l'exemple des usufruits temporaires », *Revue de droit fiscal*, 16 février 2017, n° 7, p. 13-22.

charges déductibles pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré. L'article 209 B quant à lui permet d'intégrer les bénéfices d'une société étrangères dans l'assiette de l'impôt français, « lorsqu'une personne morale établie en France et passible de l'impôt sur les sociétés exploite une entreprise hors de France ou détient directement ou indirectement plus de 50 % des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique : personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable, établie ou constituée hors de France et que cette entreprise ou entité juridique est soumise à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A ».

Citons également l'exclusion du régime fiscal des sociétés mères (régi par les art. 145 et 216 du CGI) des dividendes versés par une filiale établie dans un ETNC ; la majoration de certaines amendes fiscales lorsqu'elles concernent des ETNC (notamment celles prévues par les art. 1736¹⁶ et 1766¹⁷ du CGI) ou encore le régime fiscal des droits de mutations à titre gratuit (le taux le plus élevé est applicable indépendamment du lien de parenté lorsqu'un trust est administré depuis un ETNC). De même, certaines mesures fiscales spécifiques sont applicables aux résidents des ETNC. Par exemple, le taux de prélèvement sur certains revenus immobiliers réalisés par des non-résidents est de 33,33 %, ou de 75 % pour les résidents d'ETNC. Il en est de même de la retenue à la source sur les dividendes versés dans un ETNC ou des plus-values mobilières réalisées par des résidents d'ETNC.

Le Conseil constitutionnel valide la plupart de ces dispositifs, à la condition que le contribuable puisse être admis à apporter la preuve que l'opération réalisée dans un tel territoire ou État correspond à une opération réelle qui n'a ni pour objet, ni pour effet, de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices dans cet ETNC (décision n° 2014-437 QPC du 20 janvier 2015, *Association française des entreprises privées et autres [Régime fiscal d'opérations réalisées avec des États ou des territoires non coopératifs]*¹⁸ ; voir aussi à propos de la retenue à la source sur les produits distribués dans un ETNC la

¹⁶ Non-déclaration d'un compte bancaire à l'étranger.

¹⁷ Non-déclaration de contrats de capitalisation.

¹⁸ F. Lafaille, « Fraude fiscale et opérations réalisées avec des ETNC. De la présomption (ir)réfragable de culpabilité selon le Conseil constitutionnel », *Revue de droit fiscal*, 19 mars 2015, n° 12, p. 3-5 ; F. Perrotin, « Mesures anti-paradis fiscaux : le feu vert du Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 16 février 2015, n° 33, p. 4-6.

décision n° 2016-598 QPC du 25 novembre 2016, *Société Eurofrance [Retenue à la source de l'impôt sur les revenus appliquée aux produits distribués dans un État ou territoire non coopératif]*).

Ces dispositifs semblent utiles pour lutter contre les ETNC. Toutefois, la liste de ces États ou territoires est encore trop restreinte, et ces mesures sont trop hétérogènes pour participer à une lutte d'envergure contre les paradis fiscaux.

B. LES SANCTIONS INDIRECTES CONTRE LES ÉVADÉS FISCAUX

1. La sanction des cabinets d'optimisation

À défaut de pouvoir sanctionner les évadés fiscaux bénéficiant de montages fiscaux avantageux, il est possible d'imaginer une sanction des cabinets de conseil proposant ce type de montages. Ce dispositif a été proposé par le Gouvernement de Theresa May au Royaume-Uni¹⁹ : une société ou personne incriminée pourrait ainsi se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à 100 % du montant de la somme fiscale fraudée. Les amendes pourront s'appliquer non seulement aux concepteurs du dispositif d'évasion fiscale mais aussi aux conseillers indépendants qui les commercialisent et aux avocats et banquiers qui en facilitent la mise en place. D'après le Trésor²⁰, chacun de ces acteurs sera soumis à une amende spécifique définie en fonction du nombre d'utilisateurs qu'il a aidés à échapper au fisc.

En France, ce dispositif avait également été voté dans la loi de finances pour 2014. Toutefois le Conseil constitutionnel a considéré que la définition trop vague du « schéma d'optimisation fiscale » était contraire au principe d'intelligibilité de la loi et à la liberté d'entreprendre, en raison de l'imprécision de l'infraction identifiée par le législateur (décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*)²¹.

En effet, le « schéma d'optimisation fiscale » était défini comme « toute combinaison de procédés et instruments juridiques, fiscaux, comptables ou

¹⁹ Discours du 5 octobre 2016.

²⁰ V. le document de travail du ministère des Finances : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/546589/Strengthening_Tax_Avoidance_Sanctions_and_Deterrents-discussion_document.pdf, référence consultée le 25 octobre 2017.

²¹ R. Mégard, « Analyse non exhaustive de certaines dispositions fiscales visant les entreprises et les particuliers, adoptées par les lois de finances ou invalidées par le Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 6 février 2014, n° 27, p. 6-8.

financiers : – 1° Dont l'objet principal est de minorer la charge fiscale d'un contribuable, d'en reporter l'exigibilité ou le paiement ou d'obtenir le remboursement d'impôts, taxes ou contributions ; – 2° Et qui remplit les critères prévus par décret en Conseil d'État ». Le dispositif envisagé par le législateur faisait obligation à toute personne commercialisant un « schéma d'optimisation fiscale » de le déclarer à l'administration avant sa commercialisation, le manquement à l'obligation de déclaration entraînant l'application d'une amende égale à 5 % du montant des revenus perçus au titre de la commercialisation du dit schéma. Quant aux personnes élaborant et mettant en œuvre un « schéma d'optimisation fiscale », elles auraient eu obligation de le déclarer à l'administration avant sa mise en œuvre. Le manquement à cette obligation « entraîne l'application d'une amende égale à 5 % du montant de l'avantage fiscal procuré par la mise en œuvre du schéma d'optimisation fiscale. Cet avantage correspond à la différence entre le montant de l'impôt effectivement dû par la personne et le montant de l'impôt que cette personne aurait supporté si elle n'avait pas mis en œuvre ledit schéma ». Le Conseil constitutionnel a jugé « qu'eu égard aux restrictions apportées par les dispositions contestées à la liberté d'entreprendre et, en particulier, aux conditions d'exercice de l'activité de conseil juridique et fiscal, et compte tenu de la gravité des sanctions encourues en cas de méconnaissance de ces dispositions, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, retenir une définition aussi générale et imprécise de la notion de « schéma d'optimisation fiscale » ».

2. *La publicité des entreprises pratiquant l'évasion fiscale : le « Name and shame »*

La publicité en défaveur des entreprises multinationales pratiquant l'évasion fiscale peut également être un moyen indirect de les atteindre, si les consommateurs décident de privilégier les sociétés respectant leurs devoirs fiscaux. Cette publicité peut prendre plusieurs formes.

- La publicité des *rulings*

« Les décisions anticipatives en matière fiscale ou tax rulings sont des lettres d'intention émises par les autorités fiscales qui fournissent à une société déterminée des explications claires sur la manière dont son impôt sera calculé »²².

²² F. Perrotin, « Transparence fiscale : un accord sur les rulings », *Les Petites affiches*, 3 novembre 2015, n° 219, p. 4-6.

À la suite du scandale du « Luxleaks », l'Union européenne a mené une campagne en faveur de la transparence des *rulings* que le droit alors en vigueur ne créait aucune contrainte pesant sur les États, chaque État membre ayant toute discrétion pour décider si un *ruling* fiscal est pertinent pour un autre pays de l'UE. Or, un *ruling* fiscal transfrontière est susceptible d'avoir une incidence sur l'assiette des impôts d'un autre État, ce qui peut donner l'occasion à certaines entreprises de réduire artificiellement leur contribution fiscale.

L'Union européenne a ainsi conclu un accord politique lors du Conseil Ecofin du 6 octobre 2015, relatif à la transparence des *rulings* accordés à des multinationales (n° 215/2376 du 8 décembre 2015). Ceux-ci seront automatiquement échangés entre les administrations fiscales des pays européens. Sont concernés les *rulings* en vigueur au 1^{er} janvier 2014, y compris ceux qui sont aujourd'hui caducs.

En vertu de cette directive, les *rulings* devront être communiqués tous les six mois. Les États membres pourront par ailleurs demander des précisions sur un *ruling* en particulier. La Commission européenne recevra les informations nécessaires pour suivre la mise en œuvre de cette directive et veiller à ce que les États membres respectent leurs obligations. Les États membres ont eu jusqu'à la fin de l'année 2016 pour transposer ces nouvelles dispositions dans leur droit national, et la directive est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

Si la publicité peut avoir un impact sur la réputation des multinationales, elle n'a cependant pas toujours de conséquences juridiques en droit de l'Union. En effet, la Commission européenne ne peut sanctionner les entreprises ayant bénéficié de décisions fiscales anticipées que sous l'angle des aides d'État, lorsqu'il y a un rabais fiscal opéré par un État au profit d'une société transfrontière. Ainsi, « si ces décisions anticipatives ne posent pas problème en tant que telles, elles peuvent toutefois impliquer des aides d'État au sens des règles de l'Union européenne si elles sont utilisées pour conférer des avantages sélectifs à une entreprise ou à un groupe d'entreprises déterminés »²³.

- La publicité de la répartition de l'activité économique des entreprises

Les travaux récents de l'OCDE sont symbolisés par le projet BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting* : érosion de la base imposable et transfert de bénéfices²⁴), dont l'un des objectifs prioritaires consiste à accroître la transparence en

²³ Ibid.

²⁴ V. sur ce sujet : P. Saint-Amans, É. Robert, « Le projet BEPS et la longue marche en direction d'une fiscalité globale pour l'économie du XXI^e siècle », *Revue de droit fiscal*, 3 décembre 2015, n° 49, p. 19-23 ;

améliorant les normes régissant la documentation des prix de transfert (transfert de biens ou d'actifs à une entreprise associée) – notamment grâce à un formulaire de déclaration pays par pays (*Country By Country Reporting, CBCR*) qui doit être communiqué aux administrations fiscales, et dans lequel les entreprises multinationales doivent indiquer le montant des recettes, des bénéfices, des impôts acquittés ainsi que certaines mesures de l'activité économique.

Selon les nouvelles orientations présentées aux pays du G20, les entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires dépasse 750 M € devront déposer une déclaration pays par pays dans leur pays de résidence pour les exercices débutant à partir de 2016. Les administrations fiscales échangeront les premières déclarations pays par pays en 2017.

Ainsi en France, l'article 121 de la loi de finances pour 2016 instaure à la charge des grandes entreprises multinationales une obligation de déclaration pays par pays d'un certain nombre d'informations, afin de permettre aux autorités fiscales de recouper de façon automatique les données fiscales des différentes entités qui composent les groupes multinationaux (art. 223 *quinquies* C nouveau du CGI)²⁵.

Une obligation de déclaration pays par pays est créée à la charge des personnes morales établies en France qui :

- établissent des comptes consolidés, réalisent un chiffre d'affaires annuel hors taxes consolidé supérieur ou égal à 750 M €, et détiennent ou contrôlent des entités juridiques établies hors de France ou y disposent de succursales ;
- ou sont détenues par une entité implantée dans une juridiction qui ne participe pas à l'échange automatique et qui serait tenue au dépôt de la déclaration si elle était établie en France.

Cette déclaration doit indiquer, conformément au modèle défini par l'OCDE, la répartition pays par pays des bénéfices du groupe et des agrégats économiques, comptables et fiscaux, ainsi que des informations sur la localisation et l'activité des entités le constituant. Le contenu exhaustif de ces informations a été fixé par un décret du 29 septembre 2016.

La déclaration doit être déposée dans les douze mois qui suivent la clôture de l'exercice, au titre des exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2016.

G. Abate, « Mise en œuvre du projet BEPS, l'heure de vérité approche », *Revue de droit fiscal*, 4 février 2016, n° 5, p. 17-24.

25 V. : « Institution d'une obligation pour les grandes entreprises multinationales de souscrire une « déclaration pays par pays » », *Revue de droit fiscal*, 7 janvier 2016, n° 1, comm. 50.

Le défaut de production de la déclaration dans le délai prescrit est sanctionné par une amende qui ne peut excéder 100 000 €. Les déclarations feront l'objet d'un échange automatique entre les États dans lesquels les groupes multinationaux exercent leur activité, aux termes d'un accord multilatéral qui devrait être conclu au plus tard en 2018.

Fin décembre 2016, le législateur a en outre souhaité approfondir le dispositif en prévoyant la publicité de ces déclarations pays par pays. Le Conseil constitutionnel a toutefois censuré cette mesure, estimant que « l'obligation faite à certaines sociétés de rendre publics des indicateurs économiques et fiscaux correspondant à leur activité pays par pays, est de nature à permettre à l'ensemble des opérateurs qui interviennent sur les marchés où s'exercent ces activités, et en particulier à leurs concurrents, d'identifier des éléments essentiels de leur stratégie industrielle et commerciale. Une telle obligation porte dès lors à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi » (décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, § 103)²⁶.

Finalement, les évadés fiscaux sont largement injusticiables car ils ne sont pas toujours traduits en justice, particulièrement lorsqu'ils n'ont commis aucune fraude fiscale. Les tentatives du législateur afin de sanctionner les comportements non illégaux d'évasion fiscale semblent en outre vaines car le Conseil constitutionnel veille aux droits fondamentaux des individus et entreprises pratiquant cette évasion. Certes la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales est un objectif à valeur constitutionnelle²⁷, mais il semble de bien faible poids par rapport aux libertés de l'évadé fiscal, que cela soit le droit au respect de la vie privée (voir notamment la décision n° 2016-591 QPC du 21 octobre 2016, *Mme Helen S. [Registre public des trusts]*), la liberté d'entreprendre ou même le droit à l'optimisation implicite dans la jurisprudence du Conseil (décision n° 2013-685 DC précitée). Finalement, il est possible de se demander si le droit à l'optimisation ne serait pas devenu, sous la plume du Conseil constitutionnel, un droit fondamental du contribuable.

26 B. Lecourt, « Transparence fiscale des grandes entreprises : censure par le Conseil constitutionnel, des dispositions de la loi Sapin 2 qui anticipaient la transposition des futures dispositions européennes », *Revue des sociétés, Journal des sociétés*, février 2017, n° 2, p. 121-124.

27 V. par exemple, décision n° 2016-610 QPC du 10 février 2017, *Époux G. [Majoration de 25 % de l'assiette des contributions sociales sur les rémunérations et avantages occultes]*.

L'impossible mise en jeu de la responsabilité des acteurs de la dépense publique : un exemple d'injusticiabilité en droit budgétaire

Cédric Guillerminet, Maître de Conférences à l'Université d'Orléans

Il y a trois ans, lors des premières journées juridiques franco-polonaises organisées sur ce thème, les participants s'étaient retrouvés autour d'une définition consensuelle de l'injusticiabilité comme « l'impossibilité pour un requérant d'obtenir justice, c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige, car le juge ne peut pas se prononcer ou bien refuse de se prononcer »¹. Toutefois, en ce qui concerne les finances publiques en général et l'utilisation des crédits publics en particulier, une telle définition ne semble pas particulièrement adaptée. En la matière en effet, il ne peut exister à proprement parler de requérant souhaitant obtenir justice.

Lorsque le juge financier est saisi, il l'est soit directement par un acte (la reddition de ses comptes par le comptable public) ou par la saisine d'une autorité administrative (président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, Premier ministre, ministre en charge des finances, préfets) ou d'une autorité juridictionnelle (Cour des comptes ou Procureur général près la Cour des comptes).

¹ E. Calzolaio, « Injusticiabilité et traditions juridiques : les exemples du trust et du *numerus clausus* des droits réels », *L'injusticiabilité. Echanges franco-polonais*, *op. cit.*, p. 127.

Certes, dans un sens, ces autorités en question cherchent bien à « obtenir justice » mais non pour obtenir une décision de justice afin de régler un litige mais pour sanctionner la commission d'irrégularité par ceux en charge d'utiliser les crédits publics et ainsi assurer la protection de l'intérêt général. Ce constat s'explique aisément de plusieurs manières. D'une part, de façon pratique, il serait impossible d'ouvrir une possibilité de saisir le juge pour tous les contribuables insatisfaits de l'utilisation faite de leurs impôts². D'autre part, le caractère public des crédits en cause, explique qu'il s'agit de protéger l'intérêt général. Aussi, la bonne gestion des deniers publics n'est pas un droit dont un justiciable pourrait se prévaloir. La saisine du juge financier par les autorités évoquées plus haut n'a comme ambition que d'assurer la protection des crédits publics et permettre la mise en jeu de la responsabilité de ceux qui – ordonnateurs et comptables publics – gèreraient mal ou de manière irrégulière les crédits dont on leur a confié l'utilisation. Les cas où un contribuable peut saisir directement le juge financier sont rares et conditionnés à l'inaction des dites autorités. Il s'agit du cas particulier où, lorsque le préfet n'aurait pas saisi la chambre régionale des comptes d'un budget primitif ne respectant pas le principe de l'équilibre réel dans les délais prévus, un contribuable de la collectivité concernée pourra saisir le juge administratif d'un recours en annulation pour ce motif³. En droit budgétaire, on préférera donc définir l'injusticiabilité par opposition à la définition de la justiciabilité qui est l'état de celui qui est justiciable c'est-à-dire celui qui relève des tribunaux afin de répondre de ses actes devant le juge donc celui qui est responsable de ses actes devant la justice. L'injusticiabilité est donc, plus largement, l'impossibilité pour le juge de juger et de rendre des comptes devant la justice. Cette analyse renvoie à l'office du juge qui, comme le rappelle le Professeur Christine Mangès le Pape est de réparer, c'est-à-dire de protéger (la victime) et sanctionner (le coupable)⁴. L'injusticiabilité correspond donc à l'absence de réparation et donc permet de faire bénéficier le « coupable » d'une impunité. Mais en droit budgétaire, il n'y a pas de victime à protéger mais des crédits d'autant plus précieux qu'ils sont publics. A considérer qu'il y ait des victimes, il s'agira donc de l'ensemble des contribuables dont les impôts sont le fruit de ces crédits recouvrés pour financer les charges publiques. On comprendrait aisément

² Il y a fort à parier que les juges crouleraient sous les requêtes.

³ Conseil d'État, Section, Département du Tarn, 23 déc. 1988, req. n° 60678.

⁴ Dans ce même volume.

que ceux en charge d'utiliser ces crédits soient responsables de leur utilisation et de leur protection autant l'ordonnateur chargé d'engager les recettes et les dépenses que le comptable seul autorisé, au nom du principe de séparation des fonctions, d'encaisser ou de payer. Or, il n'en est pourtant rien. Certes, des régimes de responsabilité existent mais ils se révèlent bien inefficaces. De sorte, qu'au final, ni les uns, ni les autres ne sont réellement justiciables et ne doivent rendre compte de leur gestion devant un juge, soit parce que celui-ci est dans l'impossibilité de juger en raison du fait que cette injusticiabilité est prévue par les textes⁵, soit parce que, bien qu'il ait pris une décision, celle-ci, normalement passée en force de chose jugée peut être remise en cause *a posteriori* par l'administration. Cette injusticiabilité ne concerne donc pas des actes de gestion en particulier mais bien ceux en charge de les exécuter. Le constat est donc celui de l'injusticiabilité des acteurs de la dépense publique en raison de l'impossibilité qu'a le juge de sanctionner effectivement les coupables de gestions hasardeuses ou irrégulières et, par conséquent, de protéger les crédits publics. Paradoxalement, c'est aussi le caractère public de ces crédits qui peut être utilisé pour expliquer ce constat. Utilisés pour financer les charges publiques, il est nécessaire de ne pas enfermer les acteurs en charge de cette utilisation dans un carcan juridique trop rigide qui les empêcherait d'agir avec clairvoyance et efficacité. A l'heure où la moralité publique et la probité dans les comportements des acteurs de la vie publique ne cessent d'être à juste titre, au centre des préoccupations des citoyens, cette injusticiabilité (et donc cette irresponsabilité) a de quoi surprendre. D'autant qu'avec la LOLF la tendance est depuis à une gestion saine, efficace et efficiente. Un certain nombre d'efforts a donc été fait pour « justiciabiliser » le droit budgétaire et ainsi rendre un peu plus responsables les ordonnateurs et les comptables publics. Un peu plus seulement car les efforts engagés apparaissent bien insuffisants pour rendre réellement les acteurs de la dépense publique responsables de leur gestion. Face aux efforts bien maigres pour tenter de responsabiliser les acteurs de la dépense publique (II), le constat reste donc toujours le même : celui de l'injusticiabilité de l'ordonnateur et, dans une moindre mesure, du comptable public (I).

⁵ Il est incompétent pour en juger et cette incompétence est prévue par les textes.

I. Le constat bien réel de l'injusticiabilité des acteurs de la gestion publique

Sur la chaîne de la dépense publique, les ordonnateurs et les comptables publics ont un rôle fondamental et indispensable sans l'exercice duquel l'exécution des crédits publics serait impossible. D'un côté, l'ordonnateur décide d'engager les crédits publics et après s'être assuré que le service correspondant a été effectué, donne l'ordre au comptable public de payer la dépense. De l'autre côté, ce dernier ne s'exécutera, que si ses contrôles réalisés sur l'ordre reçu ne révèlent aucune irrégularité. Dans l'exercice de leurs fonctions, ces acteurs engagent leur responsabilité devant le juge. Nombreux sont, en effet, les textes juridiques prévoyant une telle mise en jeu. Or, paradoxalement, ces textes prévoient aussi nombres de mécanismes les en exemptant. C'est donc bien la règle de droit qui rend ces acteurs injusticiables de sorte que « le système peut donner l'impression, à un observateur extérieur, d'une imbrication génératrice d'un flou protecteur pour les différents acteurs »⁶. Toutefois, il convient de réaliser une distinction quant à l'appréhension de cette injusticiabilité selon l'acteur concerné. En effet, dans le cas de l'ordonnateur, la règle de droit prévoit directement que celui-ci ne peut pas (ou très rarement) se retrouver face au juge. Concernant le comptable public, les textes le rendent bien justiciable mais prévoient également des mécanismes permettant de rendre ineffetif les effets de la décision de justice. Ainsi, si l'application des règles juridiques est bien la source de l'injusticiabilité des ordonnateurs (A), elle permet également la remise en cause de la justiciabilité du comptable public (B).

A. L'INJUSTICIABILITÉ DES ORDONNATEURS, CONSÉQUENCE DE L'APPLICATION DES RÈGLES JURIDIQUES

Au terme de l'article 9 du décret du 29 décembre 1962 pourtant règlement général de la comptabilité publique (RGCP), « les ministres, ordonnateurs principaux de l'État, encourent à raison de l'exercice de leurs attributions les responsabilités que prévoit la Constitution ». Or, malgré son côté « grandiloquent »⁷,

6 A. Barilari, *Les contrôles financiers, comptables, administratifs et juridictionnels des finances publiques*, LGDJ, coll. Systèmes, 2003, p. 137.

7 Ph. Saunier, *Politique de la comptabilité publique*, L'Harmattan, 2014, p. 126

cette disposition ainsi que de tous les autres textes traitant de la responsabilité des ordonnateurs « camouflent un grand vide »⁸. Un grand vide ou plutôt une contradiction entre l'existence bien réelle de textes prévoyant la mise en jeu par le juge de la responsabilité des ordonnateurs et l'inutilité, bien réelle elle aussi, de ces textes pour conduire un ordonnateur devant le juge⁹. Sans être trop manichéen, on peut affirmer que la responsabilité des ordonnateurs est quasi inexistante et « invisible »¹⁰. En effet, « de manière paradoxale, le régime de responsabilité de l'ordonnateur se caractérise tant par sa diversité que par son inefficacité »¹¹. Cette inefficacité s'explique par l'ensemble des par-feux prévus par ces textes rendant la mise en jeu de leur responsabilité par un juge, en cas de faute de gestion, quasi-impossible. Un tour d'horizon de ces régimes apportera la preuve de ce constat.

1. *Devant le juge financier*

Les ordonnateurs ne sont pas justiciables devant la Cour des comptes. En effet, la finalité du contrôle juridictionnel de la Cour reste la mise en cause de la responsabilité pécuniaire du comptable public par l'examen objectif de la régularité de ses comptes. Face à ce manque, il a été décidé de créer une Cour de discipline budgétaire et financière par la loi du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'État et des diverses collectivités.

Or, si on présente souvent cette juridiction comme chargée de juger les ordonnateurs, il faut avouer que « depuis sa création, cette juridiction déconcerte les observateurs »¹². Il suffit de s'intéresser au fonctionnement et à la procédure de la Cour pour partager cette analyse. Il apparaît que les ordonnateurs principaux (ministres et élus locaux) bénéficient d'une immunité juridictionnelle en n'étant pas justiciables devant la CDBF. Il est vrai que cette Cour a été créée au

8 *Ibid.*

9 « Mais quelles étaient ces responsabilités au pluriel ? Absolument rien qui puisse sérieusement faire penser qu'une décision calamiteuse engageant les finances de l'État pourrait un jour conduire un ministre devant une juridiction » (*ibid.*).

10 *Ibid.*, p. 125.

11 C. Guillerminet, *La nouvelle comptabilité de l'État ou le devenir du principe de séparation des ordonnateurs et des comptables publics*, Thèse, Montpellier, 2009, p. 637. « Il en ressort de cela que la sanction des atteintes à la séparation des ordonnateurs et des comptables est placée sous le signe d'un certain encombrement juridictionnel, situation assez paradoxale quand on constate en pratique un allègement considérable des sanctions à l'encontre des ordonnateurs » (Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 87).

12 *Ibid.*, p. 131

sortir de la Seconde guerre mondiale et qu'à cette époque, « le rétablissement des revenants politiques de tous bords fut prodigieux. [Aussi, avec la création de cette Cour], ils se mirent à l'abri »¹³. Cette immunité s'explique par le fait que la fonction d'ordonnateur est l'accessoire obligé du mandat électif ou de la fonction de ministre. Cette notion « d'accessoire obligé » permet donc de « rattraper des justiciables quand les mandats électifs se prolongent dans une multitude de fonctions secondaires [comme, à titre d'exemple, un maire également président d'un OPHLM et d'une SEM] »¹⁴. Les élus locaux deviennent toutefois justiciables en cas d'inexécution d'une décision de justice qui leur est imputable, lorsqu'ils ont fait usage de leur pouvoir de réquisition, lorsqu'ils ont procuré à autrui un avantage injustifié ou lorsqu'ils agissent dans le cadre d'activités qui ne constituent pas l'accessoire obligé de leurs fonctions électives¹⁵. En définitive, la CDBF ne connaîtra que de la responsabilité des ordonnateurs secondaires ou délégués, voire même d'autres acteurs n'ayant pas la qualité d'ordonnateur¹⁶. Les membres des cabinets ministériels, les fonctionnaires civils et

¹³ *Ibid.*, p. 127.

¹⁴ *Ibid.* p. 132.

¹⁵ Cf. article L 312-2 CJF

¹⁶ Article L 312-1 Code des juridictions financières :

« I.-Est justiciable de la Cour : a) Toute personne appartenant au cabinet d'un membre du Gouvernement ; b) Tout fonctionnaire ou agent civil ou militaire de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ainsi que des groupements des collectivités territoriales ; c) Tout représentant, administrateur ou agent des autres organismes qui sont soumis soit au contrôle de la Cour des comptes, soit au contrôle d'une chambre régionale des comptes ou d'une chambre territoriale des comptes. Sont également justiciables de la Cour tous ceux qui exercent, en fait, les fonctions des personnes désignées ci-dessus.

II.-Toutefois, ne sont pas justiciables de la Cour à raison des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions : a) Les membres du Gouvernement ; b) Les présidents de conseil régional et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions des articles L. 4132-3 à L. 4132-10, L. 4132-13, L. 4132-15, L. 4132-21, L. 4132-22, L. 4132-25, L. 4133-1, L. 4133-2, L. 4133-4 à L. 4133-8, L. 4231-1 à L. 4231-5 du code général des collectivités territoriales, les vice-présidents et autres membres du conseil régional ; c) Le président du conseil exécutif de Corse et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 4424-4 du code général des collectivités territoriales, les conseillers exécutifs ; [...] d) Les présidents de conseil général et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions des articles L. 3221-3 et L. 3221-7 du code général des collectivités territoriales, les vice-présidents et autres membres du conseil général ; e) Les maires et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions des articles L. 2122-17 à L. 2122-20 et L. 2122-25 du code général des collectivités territoriales, les adjoints et autres membres du conseil municipal ; f) Les présidents élus de groupements de collectivités territoriales et, quand ils agissent par délégation du président, les vice-présidents et autres membres de l'organe délibérant du groupement ; g) Le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et, quand il agit dans le cadre des dispositions de l'article 70 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, le vice-président ; le président de l'assemblée de province et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions de l'article 173 de la même loi organique, les vice-présidents ; h) Le président de la Polynésie française et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions de l'article 67 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, le vice-président et les ministres ; i) Le président du conseil général de Mayotte et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions des articles L. 3221-3 et L. 3221-7 du

militaires de l'État et des collectivités territoriales et les représentants, administrateurs ou agents des organismes soumis au contrôle de la CDBF ne sont pas ordonnateurs. Ce sont donc finalement les collaborateurs des ordonnateurs qui sont justiciables devant cette Cour¹⁷. En définitive, il apparaît que « la Cour n'a pas été conçue pour les ordonnateurs »¹⁸. Cette immunité juridictionnelle trouve ses racines dans l'article 15 de la DDHC qui proclame que « la Société a le droit de demander compte à tout agent de son administration ». Aussi, les gestionnaires publics n'auraient de compte à rendre qu'aux contribuables. Finalement, « c'est un peu comme si on interdisait au juge commercial ou au juge pénal de juger le président d'une entreprise au nom du principe que sa seule responsabilité se situe devant les actionnaires »¹⁹. Ce tableau ne serait pas complet sans rajouter que, conformément à l'article L 313-9 du CJF, les justiciables peuvent toujours exciper devant la Cour un ordre écrit pour se voir déchargés de leur responsabilité²⁰. Dans ce cas, la responsabilité du signataire de l'ordre est substituée à celle de l'exécutant. Or, si le supérieur hiérarchique se trouve être lui-même injusticiable, l'irrégularité ne sera pas sanctionnée. Ainsi, « en se conjuguant avec l'immunité des responsables politiques, ces dispositions aboutissent à soustraire à la CDBF un très grand nombre de ses justiciables et

code général des collectivités territoriales, les vice-présidents et autres membres du conseil général ; j) Le président du conseil territorial de Saint-Barthélemy et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions de l'article LO 6252-3 du même code, les vice-présidents et autres membres du conseil exécutif ; k) Le président du conseil territorial de Saint-Martin et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions de l'article LO 6352-3 du même code, les vice-présidents et autres membres du conseil exécutif ; l) Le président du conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon et, quand ils agissent dans le cadre des dispositions de l'article LO 6462-8 du même code, les vice-présidents et autres membres du conseil territorial ; m) S'ils ne sont pas rémunérés et s'ils n'exercent pas, directement ou par délégation, les fonctions de président, les administrateurs élus des organismes de protection sociale relevant du contrôle de la Cour des comptes et agissant dans le cadre des dispositions législatives ou réglementaires ; n) S'ils ne sont pas rémunérés et s'ils n'exercent pas les fonctions de président, les administrateurs ou agents des associations de bienfaisance assujetties au contrôle de la Cour des comptes ou d'une chambre régionale des comptes ».

17 Ainsi, la Cour « ne serait ni le juge des ministres ni celui des élus [...] elle sera le juge des officiers généraux mais aussi des personnels de cabinet et autres des personnels de cabinet et autres hauts fonctionnaires » (Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 127).

18 « Si la Cour sanctionne des infractions aux procédures de la comptabilité publique, elles ne sont pas généralement commises par les ordonnateurs mais par des collaborateurs tout à fait inconnus » (*ibid.* p. 133).

19 J. Picq, « L'autre réforme : une nécessité pour consolider l'État de droit dans le domaine des finances publiques », *RFFP*, n° 92, p. 242.

20 « Il est superflu de préciser que l'obtention de cet ordre écrit est difficile en pratique et nuisible au déroulement de carrière de celui qui se risque à le demander ». C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour admet que lorsque le justiciable est placé dans une position hiérarchique, comme par exemple un directeur de cabinet et son ministre, il lui est impossible de refuser d'obéir aux ordres de son supérieur. Dans ce cas, nul besoin de l'existence d'un ordre écrit. Cf. Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 146.

des comportements qu'elle a vocation à sanctionner »²¹. Mais, comme le souligne J. Picq, cette exonération de la responsabilité financière des ministres et des élus « contrevient au principe de justiciabilité de tous »²².

Cette immunité des ordonnateurs n'est pas le seul écueil de cette juridiction. La procédure suivie devant elle confirme bien la théorie de l'injusticiabilité de ces derniers et ce pour plusieurs raisons. D'une part, « le législateur a conféré un caractère exceptionnel aux poursuites »²³ étant donné le fait que la saisine de la Cour est réservée aux plus hautes autorités de l'État (Président de l'Assemblée Nationale ou du Sénat, premier ministre, ministres, première Présidente ou procureur général, président de la Cour des Comptes). Et quand le juge financier est saisi, la procédure suivie devant la Cour se révèle longue et offre au parquet la possibilité de classer l'affaire à de multiples reprises. D'autre part, seule une liste réduite d'infractions est punissable devant la CDBF (art L 313-1 à L 313-7-1 et L 313-12) ce qui donne « une vision étroite de la faute de gestion puisque toute opération respectant les procédures de la comptabilité publique est réputée être de bonne gestion, quelles que puissent être ses conséquences financières. [...] La Cour a affirmé qu'elle n'est pas juge de l'opportunité des décisions budgétaires dont l'exécution s'est avérée fautive »²⁴. Le juge financier de la CDBF n'a donc pas souvent l'occasion de se prononcer, ce qui rend les justiciables devant elle pratiquement tout autant injusticiables que ceux visés à l'article L 312-1 II du Code des juridictions financières. Elle ne rend en moyenne que trois arrêts par an (187 arrêts entre 1948 et 2012 et 320 décisions de classement). Cette faible activité de la Cour est évidemment et « essentiellement due à la volonté du législateur, qui a fixé de façon très limitative, l'étendue de la compétence et les conditions de saisine de la Cour »²⁵.

En résumé, « avec une moyenne d'arrêts rendus annuellement inférieure à trois, un champ de compétence limité et la quasi-impossibilité de mettre en jeu la responsabilité des élus locaux, et l'impossibilité totale de mettre en jeu la responsabilité des membres du Gouvernement, la Cour n'a jamais pu jouer un rôle important, malgré plusieurs réformes »²⁶. La CDBF ne serait donc pas

21 Ch. Pierucci, « Pour une réforme efficace de la responsabilité des gestionnaires en droit public financier », *RFDA*, janv.-fév. 2008, p. 168.

22 J. Picq, « L'autre réforme... », *op. cit.*, p. 243.

23 Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 132.

24 *Ibid.*, p. 134.

25 R. Léonard, rapport de la CDBF, 7 fév 1963, 26 MARS JO doc adm, 26 mars 1963.

26 *Les deux réformes des juridictions financières*, document consultable sur : <http://www.wikiterritorial>.

« sort[ie] de l'ombre, situation singulière pour une juridiction qui constitue [selon la DC n° 2005-198 du CC du 3 mars 2005] un ordre de juridiction au sens de l'art 34 de la Constitution à elle seule »²⁷. Au final, tout se passe comme si « le législateur n'[avait] pas eu d'idées claires sur le contenu de cette responsabilité des gestionnaires [...] [Aussi, il y a comme un] effet de contraste qui ne joue pas en faveur d'une juridiction qui devait faire des exemples »²⁸. L'immunité juridictionnelle des ordonnateurs rime donc aussi avec impunité.

2. *Devant le juge pénal*

Les poursuites devant la CDBF ne font pas obstacle à l'exercice d'une action pénale à l'encontre d'un gestionnaire indélicat mais à la condition de respecter le sacro-saint principe *non bis in idem*²⁹. Le Code pénal retient en effet une liste d'infractions qui, sans les viser directement en tant que tels, peuvent concerner les ordonnateurs. Les articles 432-1 et suivants du code visent en effet les atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique. Sont concernés, les manquements au devoir de probité commis par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public (art. 432-10 et s.), la concussion (art. 432-10), la corruption passive et le trafic d'influence (art. 432-11 à -11-1), la prise illégale d'intérêt (art. 432-12 et -13), le délit de favoritisme (art. 432-14), la soustraction et détournement de biens publics (art. 432-15 et -16).

Pour que cette responsabilité pénale puisse jouer, encore faudra-t-il démontrer le caractère fautif des agissements de l'ordonnateur, le caractère intentionnel de ces derniers ainsi que le lien de causalité entre les deux et cela ne sera pas toujours évident.

De plus, au niveau étatique, ce schéma ne fonctionne pas pour les ordonnateurs principaux puisque l'article 68-1 de la Constitution prévoit que « les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés de crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la cour de justice de la République ».

cnfpt.fr/xwiki/wiki/econnaissances/view/Questions-Cles/Lesdeuxreformesdesjuridictionsfinancieres, référence consultée le 25 octobre 2017

27 Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 130.

28 *Ibid.*, p. 131.

29 Aussi, si elles existent, les deux procédures doivent porter sur des qualifications différentes.

Le problème est que, au regard de sa composition (sur quinze magistrats, douze sont des parlementaires) et la procédure longue et fastidieuse qui permet le classement du dossier à plusieurs reprises ou la requalification des faits, on ne peut que douter de la capacité de cette Cour à pouvoir mettre en jeu la responsabilité pénale des ministres.

Quelques exemples finiront par emporter la conviction.

Renvoyé devant la CJR en 2009 pour pour trois chefs d'accusation dans trois affaires différentes (complicité et recel d'abus de biens sociaux, corruption passive par une personne dépositaire de l'autorité publique, complicité et recel d'abus de biens sociaux), l'ancien ministre de l'Intérieur Charles Pasqua, malgré les quatre années de prison requis, a été relaxé dans deux affaires et condamné à une année avec sursis dans la troisième.

Autre exemple, quatre ans après l'ouverture d'une enquête concernant la vente en 2010 d'une parcelle de 57 ha de l'hippodrome de Compiègne à la société des courses hippiques (jusque là locataire des terrains et bâtiments cédés) sans mise en concurrence et contre l'avis du ministère de l'Agriculture pour 2,5 millions d'euros, l'ancien ministre du budget Eric Woerth, accusé d'avoir bradé l'hippodrome, a été placé sous le statut de témoin assisté pour prise illégale d'intérêts. Or, en 2015 et suivant en cela les réquisitions du ministère public, il a bénéficié d'un non-lieu dans cette affaire.

3. Devant le juge judiciaire ou administratif

La mise en jeu de la responsabilité civile n'a jamais reçu application pour les ministres et ne peut s'appliquer aux ordonnateurs secondaires, conformément à une jurisprudence constante du Conseil d'État (CE 25 juillet 1951 Laruelle), qu'en cas de faute personnelle. Le juge administratif sera donc, quant à lui, compétent en cas de faute de service commise par un agent public. Cela présuppose donc l'intervention d'un tel agent (les ordonnateurs principaux, principalement ministres et élus locaux, sont donc, par définition, exclus de ce système) et que celui-ci ait commis une faute de service. Si la commission frauduleuse d'irrégularités dans la mise en œuvre des règles de la comptabilité publique devrait facilement pouvoir être qualifiée de la sorte, qu'il nous soit permis de douter que le juge administratif se risque à assimiler une « simple » mauvaise gestion à une faute de service.

Le tableau de présentation des différents régimes de responsabilité (ou plutôt d'irresponsabilité) de l'ordonnateur ne serait pas complet sans évoquer les

cas de la réquisition et de la gestion de fait dans lesquels celui-ci doit assumer, en lieu et place du comptable public, la responsabilité personnelle et pécuniaire de ce dernier devant le juge des comptes. En effet, il lui sera, ici aussi, facile de se voir décharger de cette responsabilité.

En cas de réquisition du comptable par l'ordonnateur³⁰, deux conditions impératives doivent avoir été remplies pour que sa responsabilité puisse être engagée. D'une part, le comptable doit avoir correctement motivé la suspension. D'autre part, l'ordre de réquisition doit avoir procuré à autrui un avantage injustifié. Sans la réunion de ces deux conditions, l'ordonnateur n'étant pas justiciable, le juge se verra contraint de prononcer un non lieu à statuer³¹. En définitive, comme le souligne le professeur Saunier, « la réquisition décharge le comptable de sa responsabilité, mais elle n'engage pas la responsabilité de l'ordonnateur. C'est la justice pénale qui permet de surmonter l'irresponsabilité financière des ordonnateurs »³².

Lorsque agissant à la place du comptable public en usurpant ses fonctions, l'ordonnateur se rend coupable de gestion de fait. En pareil cas, deux voies juridictionnelles réprimant un tel comportement sont ouvertes.

D'une part, ayant manipulé les crédits publics – tâche normalement réservée au seul comptable – et étant ainsi devenu, dans les faits, un comptable, l'ordonnateur est justiciable devant le juge des comptes (Cour des comptes ou Chambre régionale des comptes) comme n'importe quel comptable patent et assume ainsi la même responsabilité personnelle et pécuniaire. Le comptable de fait devra donc produire ses comptes au juge dans les délais normalement impartis au comptable³³. La protection du principe de séparation des ordonnateurs et des comptables publics est ainsi assurée. En apparence donc, « cela signifie que le principe selon lequel le juge des comptes n'a pas juridiction sur les ordonnateurs est écarté. En manipulant les deniers publics, l'ordonnateur endosse la responsabilité d'un comptable et se rend justiciable par sa propre faute du juge qui, en principe, n'avait pas à le connaître »³⁴. Toutefois, deux limites importantes peuvent permettre à l'ordonnateur d'éviter une condam-

30 C'est le cas lorsque le comptable public ayant suspendu le paiement d'une dépense en raison d'irrégularités commises par l'ordonnateur, ce dernier oblige quand même le comptable à payer la dépense.

31 V. en ce sens CDBF 30 juin 2006 *Syndicat intercommunal à vocation multiple de la région d'Etaples sur Mer*, n° 154-551.

32 Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 85-86.

33 Art. L 131-2 CJF.

34 Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 88.

nation certaine³⁵. L'ordonnateur peut en effet être absout de sa responsabilité par la prescription de l'action en gestion de fait au bout de dix ans ou par la reconnaissance par l'assemblée délibérante de l'utilité publique de la dépense indûment payée par lui³⁶. Il est à noter que, à titre facultatif, cette manipulation irrégulière des fonds publics peut aussi être sanctionnée par la CDBF si les agissements du comptable de fait ont entraîné des infractions dont cette juridiction a à connaître³⁷.

D'autre part, l'usurpation d'une fonction publique étant une infraction pénale³⁸, le juge pénal peut être amené à connaître et à sanctionner une gestion de fait si de telles poursuites lui apparaissent opportunes. Le juge pénal devra en effet démontrer l'intention coupable du gestionnaire. Or, si la gestion de fait est bien, au regard du principe de séparation ordonnateur-comptable, constitutive d'un agissement fautif, il n'en est pas pour autant le résultat de manœuvres frauduleuses de la part de l'ordonnateur). En l'absence de répression pénale, l'article L131-11 du code des juridictions financières permet, à titre facultatif, au juge des comptes de sanctionner lui-même directement cette immixtion dans les fonctions de comptable public afin de « remettre les choses en ordre »³⁹. A la suite, en définitive, ce système est loin d'être satisfaisant et favorise l'injusticiabilité de l'ordonnateur, celui-ci s'étant pourtant irrégulièrement immiscé dans les fonctions du comptable public. Comme le professeur Saunier le conclut, « tout se résume dans une question d'appréciation juridictionnelle : opportunité des poursuites pénales d'un côté et, de l'autre, une amende facultative. Cet habillage juridique est-il proportionné aux faits qui, en toute hypothèse, heurtent gravement la confiance publique ? [...] Il n'aurait pas été absurde que le juge des comptes prononce automatiquement une amende proportionnelle au montant des sommes extraites [...] [mais], le principe d'individualisation des peines s'oppose à toute application automatique de l'amende »⁴⁰.

En matière de responsabilité de l'ordonnateur, le bilan est donc bien celui d'une l'injusticiabilité quasi-totale. Comme on a pu le constater, « nul ne

35 En effet, « le compte de l'ordonnateur est toujours fautif [car] une gestion de fait est avant tout un comportement fautif. [...] Les comptes produits par un comptable de fait sont imprégnés d'un vice substantiel qui tient au maniement irrégulier » (*ibid.* p. 89-90).

36 Même si le juge n'y est pas toujours tenu au niveau local *cf. ibid.*, p. 90.

37 *Cf.* art. L 313-4 al. 2 CJF. Pour des exemples, v. Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 91-92.

38 Art. 433-12 C. pén.

39 Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 92. Sur l'utilisation de l'article L 131-11 CJF, v. *Ibid.* p. 93 et s.

40 *Ibid.*, p. 93.

prend jamais la responsabilité des décisions [des ordonnateurs, celles-ci] apparaiss[ant] comme une sorte de fatalité. [...] [Ils bénéficient donc d'une] impunité miraculeuse [...] [car ils] ne répondent jamais de leur bilan financier devant personne [...]. Tout bien considéré, hors circonstances exceptionnelles, la gestion des deniers publics est une fonction sans risques »⁴¹.

De prime abord, cette injusticiabilité de l'ordonnateur contraste nettement avec le régime implacable de responsabilité personnelle et pécuniaire supporté par le comptable public⁴². Pour autant, la justiciabilité du comptable peut facilement être remise en cause par la mise en œuvre de différents procédés prévus par les textes de nature à décharger *a posteriori* le comptable de sa responsabilité.

B. LA JUSTICIABILITÉ DU COMPTABLE REMISE EN CAUSE PAR L'APPLICATION DES RÈGLES JURIDIQUES

En droit des finances publiques, le comptable public est justiciable devant le juge des comptes (chambres régionales des comptes et des Cour des comptes) qui peut, en cas d'irrégularités commises par celui-ci, mettre en jeu sa responsabilité personnelle et pécuniaire. La justiciabilité du comptable public ne fait d'ailleurs aucun doute en raison de sa nature automatique. Le comptable public est, en effet, un justiciable « obligé » dans le sens où le juge financier est saisi automatiquement de ses comptes de gestion par leur reddition annuelle pour en contrôler la régularité. Certes, le juge opère sur ses comptes un contrôle objectif (il juge les comptes du comptable et non le comptable lui-même et son comportement) – de sorte qu'il serait possible de dire que ce sont les comptes et non les comptables qui sont justiciables devant lui – mais en cas d'irrégularités n'est-ce pas le comptable qui assume automatiquement une responsabilité personnelle et pécuniaire tel que le prévoit l'article 60 de la loi de 23 février 1963 portant loi de finances rectificatives pour 1963 ? En effet, si il a payé une dépense au mépris des règles de la comptabilité publique, le comptable sera donc condamné en débet et devra donc combler le trou indûment causé dans la caisse publique par

⁴¹ *Ibid.*, p. 125-126.

⁴² *Ibid.*, p. 60. « On ne regardera pas la responsabilité avec les mêmes yeux de part et d'autre de la ligne de séparation. Du côté des comptables il y a la responsabilité personnelle et pécuniaire et du côté des ordonnateurs, on ne sait toujours pas très bien quoi » (*ibid.*, p. 67). Concernant la responsabilité, celle des comptables, « établie de longue date, contraste avec celle des ordonnateurs dont le lent processus de responsabilisation n'est pas terminé et ne le sera peut être jamais » (*ibid.*, p. 61).

ses fonds personnels et en son nom propre. Pleinement responsable, le comptable public est donc bien justiciable devant le juge financier.

Pour autant, cette justiciabilité du comptable peut apparaître bien fragile en raison de l'existence de dispositifs juridiques permettant au ministre en charge des finances et sur demande du comptable de remettre en cause *a posteriori* la décision du juge pourtant revêtue de l'autorité de la chose jugée.

D'une part, le comptable peut se voir déchargé de sa responsabilité, qui a été reconnue par une décision de justice, par le ministre s'il démontre que la force majeure ne lui a pas permis d'éviter de commettre l'irrégularité qui lui a valu sa condamnation en débet. Dans un tel cas, il n'aura plus à assumer sa responsabilité personnelle et pécuniaire. Le ministre peut ainsi suspendre, purement et simplement, l'application du débet juridictionnel. Comme le souligne Jacques Magnet, « cette division de compétence [...] est absurde. C'est comme si, en matière pénale, il revenait aux tribunaux répressifs de dire si un inculpé est ou non coupable et au ministre de la justice de dire ensuite s'il existe des excuses ou des circonstances atténuantes »⁴³. Il est à noter que lorsque le comptable est en mesure de présenter au juge financier une décision ministérielle qui le décharge par avance de toute responsabilité concernant la réalisation d'une opération particulière, il ne pourra pas être constitué en débet par le juge.

D'autre part, alors même qu'il a été mis en débet et que sa responsabilité a été engagée par le juge, le comptable va pouvoir demander au ministre de lui accorder une remise gracieuse (partielle ou totale) du débet auquel il a été condamné. Si une telle pratique peut se justifier par le caractère objectif du contrôle du juge financier – la remise gracieuse permettant au ministre de prendre en compte le comportement du comptable – elle est « vivement contestée [car elle] semble en effet désavouer le juge financier et, au final, rendre totalement inopérant le système de responsabilité personnelle et pécuniaire »⁴⁴. La remise gracieuse apparaît donc comme une survivance (la seule certainement) de la théorie du ministre juge et de la justice retenue et porte ainsi atteinte au principe d'indépendance des juridictions. Selon une partie de la doctrine, cette situation remettrait en question la compatibilité de la procédure financière avec l'article 6 § 1 de la CEDH. La Cour EDH considère en effet que l'exécution des décisions de justice fait partie intégrante du droit à un procès équitable.

⁴³ In: S. Thébault, « Le comptable public, un gestionnaire responsable ? De la réforme de la responsabilité personnelle et pécuniaire au projet de loi Séguin », *RFFP*, n° 112, 2010, p. 275.

⁴⁴ *Ibid.*

Aussi, « ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État [...] permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie »⁴⁵. Et Didier Migaud (pas encore Premier président de la Cour de comptes) d'appeler celle-ci à devenir « une juridiction pleine et entière, dont les décisions sont exécutées. Comment en effet comprendre un dispositif dans lequel presque toutes les décisions des juridictions financières revêtues de l'autorité de la chose jugée sont privées de portée par une décision ministérielle de remise gracieuse ? »⁴⁶. Quelque soit le débat sur le caractère contestable d'une telle procédure, il faut bien reconnaître, qu'en privant de ses effets – totalement ou en partie – la décision du juge financier condamnant le comptable public au débet, la remise gracieuse atténue grandement la responsabilité de celui-ci et donc sa justiciabilité. L'injusticiabilité du comptable apparaît en définitive *ex post* puisque le système de la remise gracieuse supprime purement et simplement l'effet du régime de responsabilité des comptables publics. D'autant que dans 90 % des demandes, la remise sera accordée par le ministre. Ainsi, la responsabilité pécuniaire et personnelle du comptable apparaît-elle comme des plus théoriques.

Il faut noter que, accessoirement et indépendamment de leur responsabilité personnelle et pécuniaire, les comptables publics sont également justiciables devant la CDBF sur le fondement d'irrégularités commises par des régisseurs de dépenses ou d'avances qu'ils n'auraient pas, comme les y oblige l'article L 313-4 du CJF, correctement surveillés⁴⁷.

II. Les efforts bien maigres de justiciabilisation des acteurs de la dépense publique

Le constat qui vient d'être tiré – celui de l'injusticiabilité des acteurs de la dépense publique – peut surprendre les observateurs. En effet, comment justifier devant les contribuables (eux-mêmes bien justiciables en cas d'irrégularité commise dans la déclaration, la liquidation ou le paiement de leurs impôts)

45 S. Thébaud, « Le pas de plus vers la responsabilité pour faute du comptable ou comment tout changer en préservant l'essentiel », *RFFP*, n° 121, 2013, p. 233.

46 *Ibid.*

47 « Les comptables publics doivent exercer un contrôle étroit sur les régies, un peu comme si les régisseurs faisaient partie intégrante du poste comptable » (Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 82).

et, plus largement, devant les citoyens, que des acteurs engageant ou manipulant l'argent public ne soient pas responsables de leurs actes, voire même ne supportent pas une responsabilité exceptionnelle en raison de leurs fonctions. La moralité publique et l'exemplarité attendues de la part de acteurs de la vie publique devraient donc naturellement conduire à une justiciabilisation de l'ordonnateur et du comptable public par le renforcement de leurs régimes de responsabilité. C'est bien dans cette voie que le législateur a été invité à s'engager par les pouvoirs publics. Pour autant, aucune réforme satisfaisante n'a pu encore aujourd'hui aboutir. Selon les acteurs eux-mêmes, une responsabilité renforcée corsèterait exagérément leurs actions qui ont, au contraire, besoin d'une grande liberté pour permettre une exécution efficace, efficiente et rationnelle de la dépense publique. Dans la réalisation de leurs fonctions, les comptables publics et, surtout, l'ordonnateur ne devraient pas être contraints de manière excessive au risque d'empêcher ou de ralentir considérablement la réalisation de toute action. Aussi, si ce désir de justiciabilisation, porté par un besoin évident de moralisation de la gestion des crédits publics, apparaît bien naturel (A), il a été emporté par un besoin évident de rationaliser la chaîne de la dépense publique (B).

A. UN DÉSIR DE JUSTICIABILISATION PORTÉ PAR UN ÉVIDENT BESOIN DE MORALISATION DE LA GESTION DES CRÉDITS PUBLICS

L'injusticiabilité des ordonnateurs n'est pas sans conséquences sur l'état de nos finances publiques. En effet, le fait qu'ils soient irresponsables « est en lien direct avec la détérioration des comptes publics » selon le professeur Saunier⁴⁸. Il est vrai que, sans cette épée de Damoclès sur la tête qu'est le risque de voir leur responsabilité mise en jeu, les ordonnateurs peuvent, en engageant les crédits publics, prendre des décisions calamiteuses en terme de gestion publique. En effet, sachant ne rien craindre en cas de gestion hasardeuse, ces acteurs ne semblent pas se préoccuper des questions de régularité. Ils s'investissent donc pleinement dans leur rôle de décideur public et donc de gestionnaire des crédits publics mis à leur disposition par la loi de finances ou par le budget de la collectivité. Et de considérer que les comptables publics ont justement pour rôle de procéder, avant le paiement, au contrôle de la régularité des ordres de payer

⁴⁸ *Ibid.* p. 126.

qu'ils ont reçus de la part des ordonnateurs et qu'il serait donc superfétatoire qu'ils emploient ainsi inutilement leur temps à s'interroger sur la régularité ou non de leurs opérations. Comme Gibert Devaux le mettait en avant dans son ouvrage consacré à la comptabilité publique, les ordonnateurs et les comptables publics ont un rôle distinct qui renvoie à une physiologie différenciée : les ordonnateurs ont un rôle actif de décision et leur action est davantage tournée vers des préoccupations liées à la gestion des crédits publics dont ils ont reçu la mission d'utiliser ; les comptables, quant à eux, ont plutôt un rôle passif de contrôle et d'exécution et leur préoccupation première reste donc de s'assurer de la régularité des opérations⁴⁹. Les ordonnateurs peuvent donc se révéler de mauvais gestionnaires des crédits publics sans donc mettre en jeu leur responsabilité ne serait-ce que professionnelle. Or, de telles attitudes ne peuvent que heurter gravement la confiance publique. Les contribuables attendent en effet de leurs dirigeants que leurs impôts soient utilisés avec la plus grande efficacité, la plus grande transparence et la plus grande moralité possible. C'est bien là où se situe la responsabilité des gestionnaires comme l'affirme l'ancien Président de la République. Selon François Hollande, « la responsabilité des gestionnaires concerne l'éthique même de l'action et l'exemplarité des comportements »⁵⁰. Parce qu'il gère et engage les crédits publics, l'ordonnateur se doit d'être, dans cette fonction, le plus irréprochable possible et, au final, se responsabiliser davantage, notamment sur les impératifs de régularité. C'est bien tout le sens du discours prononcé par le Président Sarkozy à l'occasion de l'audience solennelle célébrant le bicentenaire de la Cour des comptes le 5 novembre 2007. Il estimait alors que, « trop longtemps, on a considéré que le propre de l'argent public était d'être dépensé sans compter, qu'il était dans la nature du service public que son efficacité ne soit pas mesurable et que si l'on devait demander des comptes au comptable, il n'était pas légitime d'en demander à l'ordonnateur. Je profite de l'occasion qui m'est donnée de m'exprimer devant vous aujourd'hui pour dire que cette époque est révolue. Notre État a besoin d'une révolution intellectuelle et morale ». Il invita donc à renforcer les régimes de responsabilité des ordonnateurs et donc leur justiciabilité. Or, il apparaît que ce vœu est resté pieu en raison d'un autre impératif : celui d'une gestion efficace des crédits publics.

49 G. Devaux, *La comptabilité publique*, vol. 1, les principes, PUF, 1957, p. 69.

50 Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 131.

B. UNE VOLONTÉ DE JUSTICIABILISATION EMPORTÉE PAR UN BESOIN ÉVIDENT DE RATIONALISATION DE LA GESTION DES CRÉDITS PUBLICS

La volonté de justiciabiliser les ordonnateurs et plus largement l'ensemble des acteurs de la dépense publique semble être restée lettre morte.

Concernant les ordonnateurs, l'impulsion donnée par Nicolas Sarkozy n'a pas été suivie d'effets. Certes le Premier Président de la Cour des comptes, le regretté Philippe Séguin, a bien rédigé un projet de réforme en 2009 qui a été, ensuite, transposé par le gouvernement dans un projet de loi. Toutefois, ce projet s'est vite révélé comme insatisfaisant.

S'il prévoyait la disparition de la CDBF par son absorption par la Cour des comptes cette dernière devenait ainsi la juridiction financière unique de laquelle devaient relever, en plus des comptables, les ordonnateurs et les gestionnaires, les ordonnateurs principaux restaient toujours injusticiables⁵¹.

Toutefois, il était prévu que l'exonération de responsabilité pour les justiciables pouvant arguer d'un ordre écrit de leur hiérarchie serait supprimée. De plus, à l'issue de ses travaux, la commission des lois de l'Assemblée Nationale a, par la voie d'un amendement, prévu que tous les gestionnaires publics – ministres comme élus locaux – seront responsables en cas de mauvaise gestion financière. Le texte prévoit même qu'ils sont responsables s'ils ont donné un ordre même oralement.

Pour autant, ce texte n'a fait l'objet d'aucune inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale dans les mois qui ont suivi. Après s'être enlisée, la réforme fut donc définitivement enterrée. Le GBCP en apporte la preuve par rapport au RGCP, celui-ci ne comporte presque plus rien en terme de régime de responsabilité des ordonnateurs⁵². On le voit bien « des années plus tard [après la création de la CDBF], le problème général de l'irresponsabilité des ordonnateurs reste posé [car] sur le fond, peu de choses ont changé depuis »⁵³. Cette absence de changement s'explique aisément pour deux raisons principales. D'une

51 Le projet prévoyait ainsi que le code des juridictions financières devait dresser ainsi la liste des justiciables de la Cour des comptes : membres des cabinets ministériels, agents de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics, et dirigeants des organismes soumis au contrôle des juridictions financières, ainsi que les élus et exécutifs locaux, dès lors qu'ils auraient, dans l'exercice de leurs fonctions et alors qu'ils étaient dûment informés de l'affaire, donné à un subordonné un ordre écrit dont l'infraction aux règles budgétaires et comptables constitue l'effet.

52 Art. 12 GBCP : « A raison de l'exercice de leurs attributions et en particulier des certifications qu'ils délivrent, les ordonnateurs encourent une responsabilité dans les conditions fixées par la loi ».

53 Ph. Saunier, *op. cit.*, p. 129.

part, parce que bon nombre d'ordonnateurs principaux, élus locaux, siègent au Parlement du fait du cumul des mandats... ce qui explique peut être la non inscription du projet de réforme 2009 à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale. D'autre part et surtout, parce que les ordonnateurs ne peuvent admettre de devoir rendre compte de leur mission de gestionnaire de crédits ou tout du moins qu'il soit associé à celle-ci un régime de responsabilité plus contraignant qu'aujourd'hui. En effet, ils se trouveraient ainsi handicapés dans les engagements de dépenses craignant ici de commettre une irrégularité, ici de se rendre coupable d'une mauvaise gestion et donc d'une faute de gestion. De ce fait, ils arrêteraient de prendre des risques, ce qui est souvent le propre du gestionnaire, en investissant moins et en remplissant leurs objectifs de gestion *a minima*.

A l'heure de la LOLF et de ses impératifs d'efficacité, au moment où l'on responsabilise les ordonnateurs en leur fixant des objectifs de politique publique à atteindre, comment imaginer, en parallèle, brider leur action par un régime de responsabilité plus contraignant et donc, paradoxalement, déresponsabilisant ? Comme nous l'avions rapporté *supra*, en s'excluant de l'office de la CDBF, les ordonnateurs principaux se sont volontairement protégés et mis à l'abri. Comment concevoir raisonnablement qu'aujourd'hui, alors même que cette situation leur permet d'être réellement des gestionnaires, ils acceptent volontairement de se voir imposer des freins, si ce n'est dans une attitude sacrificielle sur l'autel de la transparence, de l'éthique et de la probité publiques ?

Concernant les comptables publics, on notera l'introduction de quelques modifications.

Il semble que les reproches exprimés concernant le procédé de décharge de responsabilité pour force majeure aient été entendus. En effet, la loi de finances rectificative pour 2006 prévoit que, dorénavant la possibilité d'accorder une telle décharge sera réservée au juge des comptes.

Tel n'est pas le cas de la remise gracieuse même si un certain nombre d'adaptations a été réalisé.

D'une part, la loi du 28 octobre 2008 a supprimé la possibilité pour le ministre d'accéder à une demande de remise gracieuse pour les amendes. De plus, elle impose au ministre de saisir pour avis simple le juge financier avant d'accorder toute remise.

D'autre part, la loi de finances rectificative pour 2011 vient distinguer le débet sans préjudice (le manquement du comptable n'a pas causé de préjudice financier à la collectivité) et le débet avec préjudice. Dans le premier cas, la possi-

bilité d'une remise gracieuse est purement et simplement supprimée. Il est donc introduit une véritable responsabilité pour faute du comptable. Dans ce cadre, le contrôle du juge financier n'est plus objectif mais bien subjectif puisque c'est bien le comportement du comptable qui est ici sanctionné. On le voit donc bien, « on ne peut remettre en cause la remise gracieuse sans s'interroger sur le sens de l'intervention du juge des comptes. C'est bien le jugement objectif des comptes ainsi que le caractère exorbitant de cette responsabilité, sans égale au sein des services de l'État, qui légitime la remise gracieuse du ministre »⁵⁴. Dans le second cas, un tel procédé persiste mais le ministre ne pourra plus accorder au comptable une remise totale. Ce « laisser à charge » implique que le comptable devra donc régler sur ses fonds personnels une partie du débit correspondant à la somme égale au double du plafond fixé par voie réglementaire en classement du poste comptable. Il est toutefois prévu que, dans deux cas, il sera possible d'accorder une remise totale de son débit au comptable : en cas de décès du comptable avant sa condamnation à débit avec préjudice⁵⁵ et pour les dépenses irrégulièrement payées dans le cadre de la mise en œuvre des nouveaux types de contrôles sélectifs expérimentés depuis la LOLF et consacrés juridiquement par le GBCP⁵⁶. Dans ce dernier cas, « l'irrégularité deviendra en quelque sorte « excusée » par les règles de procédure suivies par le comptable [...]. Il s'agit donc d'accepter qu'un contrôle sélectif n'est pas par définition systématique et peut, par essence, conduire à payer des dépenses irrégulières. Le législateur aura enfin pris la mesure de la transformation des contrôles du comptable »⁵⁷.

Il est à relever que ce texte est bien loin de la volonté de la commission des lois de l'Assemblée nationale qui avait proposé par amendement au projet de loi de réforme des juridictions financières de 2009 de supprimer la mise en débit – la remise étant trop souvent accordée, rendait ainsi théorique la mise en jeu de la responsabilité du comptable public – et de la remplacer par une condamna-

54 S. Thébault, « La comptable public... », *op. cit.*, p. 275.

55 Le législateur met fin « l'absurdité, hormis le défaut de probité, consistant à laisser aux familles endeuillées le soin de régler, sur leur succession, une partie du débit ». S. Thébault, « Le pas de plus vers la responsabilité... », *op. cit.*, p. 233.

56 Le comptable, suivant en cela un plan de contrôle établit nationalement, ne doit plus effectuer systématiquement son contrôle traditionnel de régularité automatique, exhaustif et *a priori* mais doit l'adapter en raison de la nature de la dépense ou de son montant en réalisant un contrôle par sondage (contrôle hiérarchisé de la dépense) ou en raison des bonnes pratiques mises en œuvre par les services ordonnateurs (contrôle allégé en partenariat). Ne contrôlant plus l'ensemble des opérations, il est normal qu'il n'assume pas les irrégularités des opérations concernant lesquelles il a reçu directives de ne pas réaliser de contrôle ou d'alléger celui-ci.

57 S. Thébault, *Le pas de plus vers la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 233.

tion à une amende proportionnelle aux revenus du comptable ne pouvant plus faire l'objet d'une remise gracieuse. Si ce projet n'a pas été, comme il a été dit plus haut, ni inscrit à l'ordre du jour du parlement ni, par voie de conséquence, voté, il démontre qu'une réforme ambitieuse du régime de responsabilité des comptables est possible mais ne peut nécessairement passer que par une remise à plat totale de l'article 60 de la loi du 23 février 1963 portant loi de finances pour 1963.

Si ils ont le mérite d'exister, ces efforts pour renforcer les régimes de responsabilité des acteurs de la dépense publique apparaissent bien maigres pour nous permettre de modifier le constat de départ : celui de leur injusticiabilité. Pourtant, avec la mise en œuvre du volet comptable de la LOLF, leurs différents rôles ont évolué. Ils sont rapprochés en effet dans une « fonction comptable partagée ». La situation actuelle qui est celle d'un décalage de responsabilité entre celle quasi inexistante de l'ordonnateur et celle exigeante mais pouvant être remise en cause *ex post* du comptable n'est donc plus tenable en l'état. C'est donc la responsabilité de tous les acteurs publics « qui constitue un enjeu majeur pour la réforme de l'État »⁵⁸. Le titre du colloque organisé par la Cour des comptes les 5 et 6 avril 2005 « Finances publiques et responsabilités, l'autre réforme » soulignait pourtant déjà le caractère indispensable d'un tel changement. Comment ne pas alors reproduire ces deux citations, certes imaginées mais si révélatrices de la situation : « La situation est donc désormais intenable soit pour réveiller définitivement la « Belle au Bois dormant » soit pour lui porter le coup de grâce dans le cadre d'une réforme institutionnelle d'envergure qui est souhaitée par de nombreux acteurs y compris au sein de la Cour des comptes »⁵⁹. « La question est : réveiller la belle endormie ou l'occire mais en transférant ses pouvoirs au juge des comptes pour aboutir à une situation comparable à celle des pays étrangers »⁶⁰.

Alors, permettez-moi de proposer un nouveau colloque : « Finances publiques et responsabilités, A quand la réforme ? »

58 F. Akhoune, intervention au colloque du centenaire de l'AFCM, 12 juin 2008.

59 B. Poujade, « La responsabilité des ordonnateurs en droit public financier : état des lieux », *AJDA*, 4 avril 2005, p. 703.

60 Ch. Descheemaeker, « Finances publiques et responsabilité : l'autre réforme », *RDT*, n° 7, juill ; 2005, p. 348.

L'injusticiabilité des droits sociaux consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'homme

Carine Laurent-Boutot, Maître de conférences en droit privé
et sciences criminelles, Université d'Orléans, CRJ Pothier EA1212

L'union des droits de l'homme n'aura duré que le temps d'une déclaration, celle de 1948 qui les a internationalement exprimés¹. Lorsque l'époque de leur consécration au sein de traités internationaux est venue, cette belle universalité s'est fissurée, révélant des clivages entre des « générations » de droits de l'homme². Or, le rattachement à une génération n'est pas sans incidence sur le régime juridique appliqué à la norme qui garantit le droit. Ainsi, les traités définissant des droits civils et politiques, classiquement rattachés à la première génération des droits de l'homme, sont considérés comme des textes justiciables, pouvant être immédiatement invoqués devant le juge national ou international. Au contraire,

¹ Déclaration Universelle des droits de l'homme, adoptée par une résolution 217 III, de l'Assemblée générale des Nations Unies, réunie à Paris le 10 décembre 1948. Le texte définit des droits civils et politiques, mais également économiques, sociaux et culturels, ce texte réalise une universalité des droits de l'homme. Cependant, il s'agit d'une « universalité théorique » car simple résolution, le texte est dépourvu de force obligatoire : P. Tavernier, « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *Rev. Trim. Des droits de l'homme*, 1997, p. 379.

² N. Valticos, « Universalité et relativité des droits de l'homme », *Mélanges offerts à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 737.

les traités garantissant des droits économiques, sociaux et culturels, droits dits de seconde génération³, pâtissent d'une « présomption d'injusticiabilité »⁴.

Encore faut-il s'entendre sur la notion d'injusticiabilité. Celle-ci a été éclairée par les premiers échanges franco-polonais organisés par Pierre Serrand et Piotr Szwedo en 2013. Il résulte de ces travaux qu'elle suppose l'existence d'un juge, qui « ne règlera pas juridictionnellement le problème qui lui est soumis », car il ne le veut pas ou ne le peut pas⁵.

Replacée dans le contexte des droits sociaux de l'homme, l'injusticiabilité interdit au juge de prendre appui sur les traités internationaux les garantissant afin de motiver sa décision de justice. Le requérant ne peut pas « soumettre le contrôle du respect des droits sociaux à un tribunal interne ou à un organe juridictionnel (ou quasi-juridictionnel) international »⁶ et se trouve confronté à l'impossibilité d'obtenir la garantie du droit. Les motifs de cette injusticiabilité sont bien connus. Ils s'appuient sur le caractère programmatique des droits sociaux qui justifie leur qualification de droits-créances. Ils n'imposeraient à l'Etat qu'une obligation positive de les concrétiser progressivement, dans le cadre de politiques sociales choisies et élaborées en considération de la situation économique du pays⁷. Ils ne pourraient pas, contrairement aux droits civils et politiques, fonder des droits subjectifs dont l'application serait immédiatement exigible du juge. Par conséquent, ce dernier ne devrait pas les appliquer sauf à outrepasser son rôle, sauf finalement à malmenier le principe de la séparation des pouvoirs.

Pourtant, une partie de la doctrine s'est insurgée contre l'injusticiabilité des droits sociaux⁸. Elle s'est appuyée notamment sur les travaux des organes supranationaux de contrôle et particulièrement sur les interprétations fournies par le

3 D. Capitant, « A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France » in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p. 127.

4 D. Roman, « Les droits sociaux, entre « injusticiabilité » et « conditionnalité » : éléments pour une comparaison », *Rev. Internationale de droit comparé*, vol. 61, n° 2, 2009, p. 285.

5 P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités en droit public interne », *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, éd. P. Serrand et P. Szwedo, Mare et Martin, 2014, p. 105.

6 En prenant à contre-pied la définition proposée par l'auteur : N. Aliprantis, « Les droits sociaux sont justiciables », *Droit social*, 2006, p. 158.

7 D. Roman, « La justiciabilité des droits... », *op. cit.*

8 V. la thèse de C. Nivard, *La justiciabilité des droits sociaux, Etudes de droit conventionnel et européen*, Bruylant, 2012 et, pour ne s'en tenir qu'à quelques travaux récents : D. Robitaille, « La pensée holistique de J.-Y. Morin : la nécessaire justiciabilité des droits socioéconomiques comme fondement de la démocratie libérale », *Rev. Québécoise de droit international*, Mélanges en l'honneur de J.-Y. Morin, Hors-série juin 2015, p. 81 ; D. Roman, *op. cit.* note n°389 ; N. Aliprantis, *op. cit.*

Comité onusien des droits économiques sociaux et culturels, organe chargé de veiller au respect du Pacte de New-York éponyme⁹, qui considère que les droits consacrés doivent être préservés en justice¹⁰. En effet, selon le Comité, afin de garantir une justiciabilité aux droits en cause, il convient de distinguer entre les obligations de respecter, de protéger et de mettre en œuvre (ou d'appliquer)¹¹. Si la dernière ne relève pas en principe de la compétence du juge, puisqu'elle se rattache à la démarche de réalisation progressive, en revanche les obligations de respecter et de protéger lui permettent de garantir l'exercice du droit. Ainsi, la première, qui impose à l'État de ne pas « s'immiscer dans l'exercice d'un droit garanti » et la seconde, qui implique pour la partie contractante de ne pas « tolérer des atteintes de la part d'autres particuliers », sont justiciables¹². Cette théorie a trouvé un prolongement dans la jurisprudence des organes quasi-juridictionnels ou juridictionnels internationaux et européens, parfois même chez les juges nationaux¹³.

Pourtant, malgré ces encourageantes avancées, les « pauvres droits »¹⁴ supportent encore ce régime défavorable à leur effectivité puisque, entre avancées et résistances, les droits sociaux oscillent entre timide justiciabilité et injusticia-

9 S. Grosbon, « Les ruptures du droit international », *Rev. des droits de l'homme*, 2012, n°1, document consultable sur : revdh.revues.org/1118, référence consultée le 25 octobre 2017.

10 Selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU, « [...] d'une manière générale, les normes internationales contraignantes relatives aux droits de l'homme devraient s'appliquer directement et immédiatement dans le cadre du système juridique interne de chaque État partie, et permettre ainsi aux personnes de demander aux tribunaux nationaux d'assurer le respect de leurs droits » : observation générale n° 9, disponible sur le site de l'ONU, HRI/GEN/1/Rev. § 4.

11 K. Kumado, « La surveillance des droits économiques, sociaux et culturels », *Revue de la Commission internationale des juristes*, édition spéciale *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n° 55, p. 111 (spéc. p. 114). Ce triptyque a notamment été appréhendé par le CDESC dans son observation générale no 12 relative au droit à une nourriture suffisante, site internet de l'ONU, document E/C.12/1999/5, n° 15. Cette division tripartite a notamment été consacrée par le CDESC dans son observation générale numéro 12, relative au droit à une nourriture suffisante, tel que défini par l'article 11 du Pacte : Observation générale no 12 du 12 mai 1999, E/C.12/1999/5.

12 O. De Shutter, « Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in *juger les droits sociaux*, Chroniques de l'OMIJ n° 2, Pulim 2004, p. 13.

13 J. Mouly, « L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licencié sans motif valable est d'effet direct », à propos de l'arrêt du CE, 7 fév. 2014, req. 358992, *Droit social*, 2014, p.474 ; C. Laurent-Boutot, « La justiciabilité des droits sociaux de l'homme devant la Cour de cassation (retour sur l'arrêt Eichenlaub, Chambre sociale, 16 déc. 2008 », *Rev. De la recherche juridique droit prospectif*, 2010, n° 3, p. 1269 ; D. Roman, « Les droits sociaux... », *op. cit.*, p. 285 ; M. Bonnechère, « Charte sociale et droits nationaux », *La Charte sociale européenne*, Bruylant, 2001, p. 107 (spéc. p. 116) ; M. Mikkola, « La nature et le contrôle des droits sociaux de l'homme », Conseil de L'Europe, *L'établissement des premiers rapports nationaux sur l'application de la Charte sociale européenne*, *Cahiers de la Charte sociale*, no 10, 2001, p. 21.

14 P.H. Himbert, « Droit des pauvres, pauvres droits ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue du droit public et de la science politique*, 1989, vol. 1, p. 739.

bilité persistante, si bien que cette dernière mérite encore d'être étudiée pour en bien comprendre les ressorts.

Afin de les révéler, sans doute faut-il interroger le pouvoir et le vouloir des juges qu'évoquaient les premiers travaux relatifs à l'injusticiabilité et dissocier, afin d'y parvenir, entre les juges supranationaux et nationaux. Les premiers sont incontestablement ligotés dans leur pouvoir de déployer la justiciabilité des droits sociaux (I). Quant aux seconds, c'est probablement une œuvre d'autocensure qui les conduit à perpétuer leur injusticiabilité en neutralisant trop souvent l'invocabilité (II).

I. L'injusticiabilité inhérente aux pouvoirs limités du juge supranational

Installer le propos de l'injusticiabilité des droits sociaux à travers les pouvoirs du juge supranational invite à consentir une interprétation extensive de la définition de « juge » et à retenir cette qualification au bénéfice de tous les organes supranationaux chargés de veiller au respect des droits sociaux. En effet, les Etats n'ont pas souhaité instituer une véritable juridiction internationale ou européenne des droits économiques, sociaux et culturels. Seuls des Comités ont été créés, Comités qui disposent de pouvoirs limités. Cependant, les droits sociaux rencontrent aujourd'hui le pouvoir juridictionnel de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, qui tentent de s'en emparer.

Pour comprendre les formes de l'injusticiabilité au niveau international et européen, il est possible d'emprunter les distinctions proposées par Guy Braibant¹⁵ et développées par Diane Roman¹⁶ afin de révéler les différentes perspectives nationales à l'égard de la justiciabilité des droits sociaux. Les auteurs opposent la justiciabilité subjective qui permet à un individu d'obtenir une satisfaction individuelle d'un droit par le juge et la justiciabilité objective résultant du contrôle de la conformité d'un droit aux normes qui lui sont supérieures.

¹⁵ G. Braibant, « L'environnement de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, Janv. 2004, document consultable sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/1-environnement-dans-la-charte-des-droits-fondamentaux-de-l-union-europeenne.52002.html>, référence consultée le 25 octobre 2017.

¹⁶ D. Roman, « La justiciabilité des... », *op. cit.*

Cette pertinente opposition peut être transportée au niveau supranational afin de constater que l'injusticiabilité est subjective devant les Comités (A) et objective devant les Cours européennes (B).

A. L'INJUSTICIABILITÉ SUBJECTIVE DES DROITS SOCIAUX DEVANT LES COMITÉS

Il existe deux Comités principalement compétents en matière de droits sociaux. Il s'agit du Comité onusien des droits sociaux, chargé de veiller au respect des droits garantis par le Pacte de New-York relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁷ et du Comité européen des droits sociaux, compétent à l'égard de la Charte sociale européenne¹⁸. Les rôles de ces organes sont doubles.

D'une part, ils sont compétents afin d'examiner les rapports qui leurs sont régulièrement remis par les Etats. Ainsi, peuvent-ils apprécier l'évolution favorable des droits nationaux en faveur de la consécration ou du respect des droits sociaux garantis par les traités. Les constats de non-conformité qui résultent de l'examen de ces rapports ne permettent évidemment pas de satisfaire individuellement de potentielles victimes de violation. Elles ne le seront que collectivement si l'Etat décide de réformer son droit en considération des conclusions des Comités.

D'autre part, les Comités peuvent recevoir des réclamations ou des communications. Concernant ces mécanismes procéduraux, il convient de distinguer selon les organes. Un protocole additionnel à la Charte sociale européenne, permet au Comité européen des droits sociaux de recevoir les réclamations collectives émanant de partenaires sociaux et d'organisations non gouvernementales. A cette occasion, il peut statuer sur l'éventuelle non-application de la Charte dans les pays concernés. Là encore, la procédure ne permet pas de satisfaire la garantie d'un droit au bénéfice d'un justiciable. Une conclusion plus favorable à celle-ci pourrait être avancée à l'égard de la procédure définie dans le protocole

17 J. Dhommeaux, « La contribution du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels », *Annuaire français de droit international*, 1994, p. 647 ; D. Turp, « Le contrôle du respect du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges en l'honneur de Michel Virally, Pedone, 1991, p. 465.

18 R. Brillat, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », *La Charte sociale européenne*, Bruylant, 2001, p. 45

facultatif se rapportant au Pacte de New-York relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (d'ailleurs ratifié par la France en 2015 dans l'indifférence générale). En effet, le Comité onusien peut recevoir des communications individuelles ou collectives d'individus se réclamant de la qualité de victime. Il peut résulter de leur examen des constatations, qui révéleront l'atteinte portée aux droits des justiciables, mais en aucune façon ils ne pourront se prévaloir de la violation d'un droit pour obtenir compensation. Tout au plus, les constatations conduiront-elles à des recommandations faites à l'Etat, lui imposant dans le temps de remettre un certain nombre d'informations à l'organe de contrôle.

Il ne faut certes pas négliger le rôle de ces Comités, ne serait-ce que parce que les Etats ne tiennent pas à se révéler trop défaillants à l'égard de leurs obligations internationales. D'ailleurs, les auteurs se sont attachés à remarquer que les techniques procédurales mises en œuvre par les Comités attestaient d'une juridictionnalisation de leurs pratiques, si bien qu'ils pouvaient être désormais qualifiés d'organes « quasi-judiciaires ». La justiciabilité des droits sociaux s'en trouve certainement renforcée, même si les décisions demeurent dépourvues de force obligatoire. Cependant, il faut admettre que les individus, les justiciables, ne tirent aucune « satisfaction individuelle d'un droit soit en nature, soit par compensation »¹⁹ d'un constat de violation des droits sociaux. Une injusticiabilité subjective doit donc être déduite des mécanismes procéduraux définis au bénéfice des Comités protecteurs des droits sociaux.

Le raisonnement n'est évidemment pas le même à l'égard la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des droits de l'homme, ne serait-ce qu'en raison de la force obligatoire attachée à leurs décisions et arrêts. Est, en revanche, en cause leur compétence à l'égard des droits sociaux fondamentaux, qui lorsqu'elle est contestée conduit à considérer une injusticiabilité objective.

B. L'INJUSTICIABILITÉ OBJECTIVE DES DROITS SOCIAUX DEVANT LES COURS EUROPÉENNES

L'injusticiabilité objective va impliquer pour les juges européens une impossibilité d'opérer un contrôle de conformité leur permettant de contester la validité

¹⁹ D. Roman, « La justiciabilité des droits... », *op. cit.*

d'une norme nationale aux traités et normes qu'ils garantissent, car ils n'en ont pas le pouvoir ou que celui-ci est trop limité. Les deux juridictions européennes ont été confrontées à cette difficulté à l'égard des droits sociaux fondamentaux, la Cour de justice de l'Union parce que la Charte des droits fondamentaux lui interdit parfois de les mettre en œuvre, la Cour européenne des droits de l'homme parce qu'elle n'est pas, *a priori*, compétente à l'égard de cette seconde génération de droits de l'homme.

La Charte des droits fondamentaux a pour objectif de rendre les droits de l'homme plus visibles au sein de l'Union européenne. Il ne s'agit sans doute pas là de sa principale vertu. En effet, elle réunit en son sein tant des droits civils et politiques, qu'économiques, culturels et sociaux, ce qu'aucune négociation (si l'on excepte les expériences africaines) n'était parvenue à réaliser depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme. Grâce à ce texte, la Cour de justice semble pouvoir s'emparer des droits sociaux fondamentaux, en capacité de les confronter aux autres normes du droit de l'Union ou aux droits nationaux qui pourraient lui porter atteinte. Plus encore, la Cour est compétente pour imposer aux juges nationaux d'aller en ce sens. Pourtant, la revitalisation des droits sociaux fondamentaux par le droit de l'Union se heurte à (au moins) deux obstacles.

Le premier est inhérent à la résurgence des distinctions entre les générations de droits de l'homme au sein même de la Charte. En effet, si la qualité de droit n'est pas déniée à la première génération, en revanche, les droits sociaux qui, réunis dans un chapitre IV de la Charte nommé « solidarité », sont le plus souvent associés à des principes dont la justiciabilité peut être contestée. Tel est le cas de l'article 27 de la Charte, qui consacre le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé, dans un arrêt *Association de médiation sociale* de 2014²⁰, que ce texte n'était pas suffisamment inconditionnel pour conférer un droit invocable à l'encontre d'une disposition de droit interne non conforme au droit de l'Union, particulièrement dans le cadre d'un contentieux entre personnes privées. Semblant lier effet direct et invocabilité²¹, la Cour de justice interdit finalement à la norme de prospérer dans le cadre d'un contrôle

20 CJUE, Grande chambre, 14 janv. 2014, aff. *Association de médiation sociale* c/ Union locale des syndicats CGT et autres, C-176/12.

21 R. Tinière, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », *Rev. des droits et libertés fondamentaux*, 2014, Chron. n° 14.

de conformité. L'injusticiabilité objective prend alors sa source dans une décision du juge luxembourgeois et s'impose, eu égard à l'autorité de la réponse à la question préjudicielle, au juge national qui se conforme méthodiquement à la solution²².

Le second obstacle à la justiciabilité objective repose sur le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce texte n'a, sur le fondement de son article 51, qu'une vocation subsidiaire signifiant qu'il ne « s'adresse aux institutions et organes [...], ainsi qu'aux Etats membres » que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives ». Cette disposition restreint considérablement l'applicabilité de la Charte et donc, pour la Cour de justice de l'Union européenne, sa justiciabilité objective. Aussi, n'est-il pas très surprenant de constater que le juge luxembourgeois se retranche aisément derrière son incompétence lorsque les mesures contestées n'entrent pas dans le champ d'application du droit de l'Union. Tel est, notamment, le cas dans le contentieux relatif aux mesures de régression sociale prises par certains Etats en réaction à la crise économique²³.

L'injusticiabilité objective des droits sociaux devant la Cour européenne des droits de l'homme paraît plus évidente, fondée sur la nature des droits et libertés consacrés par la Convention européenne. En effet, si l'on excepte l'article 4 de la Convention, qui prohibe le travail forcé et son article 11 notamment relatif à la liberté syndicale, le texte ne consacre que des droits civils et politiques et les juges strasbourgeois semblent incompétents à l'égard des droits sociaux de l'homme. Pourtant, ces derniers, soucieux de garantir des droits « concrets et effectifs » non « théoriques ou illusoire »²⁴, ont contourné cette difficulté dès l'arrêt *Airey contre Irlande*, en affirmant : « La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des Etats et notamment de leurs finances. D'un autre

22 Dans son arrêt du 9 juillet 2014, la Chambre sociale, s'appuyant sur l'arrêt de la CJUE ne laisse pas produire d'effet direct à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bull. civ. V, n° 193.

23 A titre d'exemple : Ordonnance de la Cour dans l'affaire *Sindicato dos Bancarios do Norte et autres c/ BPN – Banco Portugues de Negocios SA*, 7 mars 2013, C-128/12, au sujet des réductions salariales de certains travailleurs du secteur public. Sur cette jurisprudence, S. Robin-Olivier, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », *Droit social* 2016, p. 219.

24 Cour EDH, 23 juill. 1968, Arrêt Affaire linguistique Belge, Série A, n° 6, § 3.

côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui, et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu. Or, si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. [...] la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention »²⁵. Partant de ce constat, la Cour européenne s'est alors inscrite, au point d'être qualifiée de « Cour européenne des droits sociaux »²⁶, dans une politique jurisprudentielle de protection de droits sociaux envisagés comme des prolongements de bien des droits civils²⁷. Cette audacieuse jurisprudence, qui se développe sur le fondement de nombreuses dispositions conventionnelles, permet de tirer un constat : le dynamisme de la Cour n'est guère contenu lorsque celle-ci aborde les questions sociales sous l'angle du droit du travail, notamment quoique non exclusivement, dans le cadre des relations individuelles ou collectives unissant l'employeur à ses salariés²⁸. Il en est de même à l'égard de la protection des malades²⁹ ou de la protection des données relatives à la santé³⁰. En revanche, son pouvoir est plus contraint lorsque le droit de la protection sociale est en cause. Il semble qu'elle accepte d'appliquer le droit à un procès équitable lorsque l'accès au juge devant garantir un droit social est entravé³¹. Par ailleurs, la Cour européenne considère, depuis l'arrêt *Gaygusuz*³², que la prestation sociale est un bien au sens de l'article 1 du protocole additionnel n°1. Aussi a-t-elle construit une abondante jurispru-

25 Cour EDH, Arrêt *Airey c/ Irlande*, 9 oct. 1979, req. n°6289/73, § 26.

26 J-P. Marguénaud, J. Mouly, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*) », *Dalloz* 2009, p. 739.

27 F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : un exercice de jurisprudence fiction ? », *Rev. trim. des droits de l'homme*, 2003, p. 755.

28 Sur ces questions, v. plus particulièrement l'ouvrage dirigé par L. Milano, *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Droit et justice n° 113, Nemesis, 2016 ; M. Bonnechère, « La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion », *Droit ouvrier*, 2008, p. 552.

29 Pour ne retenir qu'un exemple relatif à l'absence de soins fournis à une personne abandonnée à la naissance, séropositive et atteinte de handicap mental : Cour EDH Grande chambre, Arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câpeanu c/ Roumanie*, 17 juill. 2014, req. 47848/08.

30 Pour ne retenir qu'un exemple sur la collecte des données de santé par un organisme d'Etat : Cour EDH, arrêt *L.H. c/ Lettonie*, 29 avril 2014, req. n° 52019/07.

31 Comme la Cour l'a constaté en matière de protection du droit invocable au logement sur le fondement de la législation française Cour EDH, arrêt *Tchokontio Happi c/ France*, req. n° 65829/12, note D. Tharaud, *Rev. de droit sanitaire et social*, 2015, p. 651.

32 Cour EDH, Arrêt *Gaygusuz c/ Autriche*, 16 sept. 1996, req. 17371/90.

dence lui permettant de préserver ces droits contre la discrimination, sur le fondement d'une combinaison avec l'article 14 de la Convention. Cependant, sa compétence n'est pas absolue, puisqu'au regard de sa jurisprudence, elle ne s'autorise pas à consacrer des droits relevant de la protection sociale³³. Cette obligation de mettre en œuvre relevant de la compétence des Etats et donc de leur marge nationale d'appréciation lui échappe. Toutefois, il est à déplorer qu'elle ne mobilise pas davantage le principe de non-rétrogression afin d'examiner avec plus d'énergie la conventionnalité, au regard de l'article 1 du protocole additionnel n° 1, d'une législation régressive à l'égard des droits en temps de crise³⁴. En effet, la juridiction strasbourgeoise, face aux mesures d'austérité choisies des Etats, refuse souvent sa compétence, arguant d'une irrecevabilité des requêtes, justifiée par leur caractère manifestement mal fondé³⁵ ou, dans le meilleur des cas d'une absence de violation, les Etats étant, selon la Cour, toujours plus légitimes qu'une juridiction internationale pour évaluer les mesures à prendre afin de résister aux difficultés inhérentes à un changement de régime politique ou économique³⁶. Elle concrétise, en ce domaine où l'effectivité des droits sociaux mériterait toute son attention, leur injusticiabilité objective. Cette jurisprudence rigoureuse semble cependant devoir être tempérée à l'aune de l'arrêt rendu par la Cour, en Grande chambre, dans l'affaire Bélané Nagy³⁷. La juridiction strasbourgeoise décide que la volonté de rationaliser un système de prestations de sécurité sociale en matière d'invalidité, dans le but de protéger des deniers publics, ne justifie pas la privation pure et simple des allocations. Cette mesure disproportionnée, malgré l'ample marge nationale d'appréciation de l'Etat en ce domaine, emporte violation du droit au respect des biens de la requérante, dont l'espérance légitime de percevoir une prestation d'invalidité a été trompée par une modification rétroactive de la législation nationale.

33 Selon la Cour, l'article 1 du Protocole 1 n'impose pas à l'Etat d'instaurer ou non un régime de protection sociale ou de choisir le niveau des prestations. En revanche, si une législation nationale met en place de tels droits, elle engendre un intérêt patrimonial entrant dans le champ d'application du droit au respect des biens.

34 J.-P. Marguénaud, J. Mouly, C. Nivard, « Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ? », *Droit social* 2017, p. 12.

35 Sur les réductions des pensions de retraite au Portugal, v. : Cour EDH, décision Da Silva Carvalho Rico c/ Portugal, 1^{er} sept. 2015, req. 13341/14 et décision Da Conceição Mateus et Santos Januario c/ Portugal, 8 oct. 2013 req. 62235/12. Sur les baisses de salaires, primes, pensions et indemnités des fonctionnaires en Grèce, Cour EDH, décision Koufaki et Adedy c/ Grèce, 7 mai 2013, req. 57665/12 et 57657/12.

36 Cour EDH, décision Valkov et autres c/ Bulgarie, 25 oct. 2011, req. 2033/04.

37 Cour EDH Grande Chambre, arrêt Bélané Nagy c/ Hongrie, 13 déc. 2016, req. 53080/13.

Les organes et cours compétents au niveau supranational luttent incontestablement contre l'injusticiabilité des droits sociaux. Cependant, leurs pouvoirs sont malmenés tant par leur compétence que par la souveraineté des Etats. Il faut donc trouver d'autres pistes afin de déjouer l'injusticiabilité de ces droits. D'évidence, les juridictions nationales de droit commun offrent un terrain propice à cette recherche. En leur qualité de premiers juges des traités, elles peuvent garantir l'effectivité des droits sociaux fondamentaux internationalement consacrés. Cependant, si d'incontestables progrès ont été réalisés, l'interprétation restrictive du juge national laisse une grande place à l'injusticiabilité.

II. L'injusticiabilité déduite d'une invocabilité limitée par le juge national³⁸

La ratification et la publication des traités internationaux assurent leur pénétration dans l'ordre juridique interne français. Ils s'offrent alors à la compétence du juge national, particulièrement de droit commun³⁹, qui peut les appliquer. Le contentieux relatif à ces normes internationales prospère dans la jurisprudence française depuis que le juge judiciaire, puis le juge administratif, se sont reconnus compétents pour contrôler, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution française, la conventionnalité des normes infralégislatives⁴⁰. Toutefois, la primauté des traités ne saurait suffire à garantir leur application. Cette dernière demeure suspendue à la reconnaissance de l'invocabilité des normes conventionnelles, définie comme « [...] la possibilité pour les individus de se prévaloir [du] traité devant le juge interne »⁴¹. Or, la capacité d'une norme à être invocable dépend, sous réserve de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne⁴², du pouvoir d'interprétation du juge national. S'il lui

³⁸ Dans le cadre de la présente contribution, seule la jurisprudence développée par le juge de droit commun français sera abordée.

³⁹ D. Dubos, C. Laurent-Boutot, « Le rôle du juge de droit commun dans l'application du droit externe : la composition des ordres juridiques » *Traité des rapports entre les ordres juridiques*, éd. B. Bonnet, LGDJ 2016, p. 675.

⁴⁰ Chambre mixte, arrêt Jacques Vabre, 21 mai 1975, conclusions Touffaint, D 1975, p 467; CE, Ass, arrêt Nicolo, 20 octobre 1989, conclusions de P. Frydman, note de P. Lagarde, RCDIP 1990, p 125 ; D 1990, p 135, note Sabourin. Sur toutes ces questions, v. Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La documentation française, 2000, Paris, p 36 et suiv.

⁴¹ C. Sciotti-Lam, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, n° 558.

⁴² Art. 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

dénie cette vocation, il ne l'applique pas et la contraint volontairement à l'injusticiabilité, ce malgré sa primauté.

Pour le juge français, l'invocabilité des traités est essentiellement envisagée sous l'angle de l'effet direct, dont les exigeantes conditions ne sont pas toujours réunies au bénéfice des dispositions conventionnelles définissant des droits sociaux (A). Cependant, la jurisprudence développée par la Cour de justice de l'Union européenne et par le Conseil d'Etat à l'égard des directives de l'Union enseigne que l'invocabilité ne se limite pas à l'effet direct. Le juge de droit commun néglige, cependant, ces déclinaisons au bénéfice des droits sociaux de l'homme, refermant davantage encore la cage de l'injusticiabilité (B).

A. L'EFFET DIRECT RESTREINT

La Cour internationale de justice a été la première à définir l'effet direct⁴³. Il révèle la capacité de la disposition internationale à produire des droits « dont les particuliers peuvent se prévaloir directement devant les juridictions nationales »⁴⁴. La norme revêtant une telle qualité consacre un droit applicable par le juge, mais peut également se substituer à un texte national qui lui serait contraire dans le cadre du contrôle de conventionnalité. Les critères de l'effet direct sont rigoureux et enferment trop souvent les droits sociaux dans les limbes de l'injusticiabilité, d'autant plus sûrement que les juges négligent les raisonnements qui en faciliteraient la reconnaissance.

Les dispositions conventionnelles revêtant la qualité de normes d'effet direct répondent à un critère subjectif et à un critère objectif. L'accomplissement du premier dépend de la volonté des parties contractantes au traité d'accorder des droits et obligations aux individus. Le second s'attache à la qualité de la norme. Cette dernière doit être suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour être directement appliquée par le juge, la norme étant alors qualifiée d'auto-exécutoire, *self executing*. A ces deux critères semble s'adjoindre une exi-

43 Une première définition a été posée par la Cour de justice internationale : « [...] On ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux », Avis sur la compétence des Tribunaux du Dantzig, Série B n° 15, p 16.

44 « Applicabilité et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue dans l'ordre juridique belge » (H. Braibant, *Rev. Belge de droit international*, 1996, p 33).

gence selon laquelle la norme doit être créatrice d'un droit subjectif dans le chef des particuliers. Cette condition, parfois contestée⁴⁵, conserve néanmoins une pertinence certaine dans le contentieux subjectif déféré au juge judiciaire. Ces critères posés, il faut admettre que bien des droits sociaux ne les remplissent pas, ou imparfaitement, particulièrement lorsqu'ils présentent une forte dimension programmatique. Sans doute pour cette raison, la plupart des décisions rendues par les hautes juridictions françaises rejettent l'effet direct des dispositions conventionnelles définissant des droits sociaux de l'homme, même si quelques décisions plus récentes parviennent à l'admettre au bénéfice de certains droits⁴⁶. Cette reconnaissance demeure trop exceptionnelle et les justiciables ne peuvent que rarement se prévaloir du traité.

Pourtant le juge pourrait, s'il le voulait, redynamiser sa jurisprudence relative à l'effet direct grâce à une prise en compte plus inédite des différentes obligations qu'il devrait rendre justiciables. En effet, il peut préserver, au titre de l'effet direct, les obligations de respecter et de protéger qui imposent à l'État de ne pas « s'immiscer dans l'exercice d'un droit garanti » et de ne pas « tolérer des atteintes de la part d'autres particuliers ». Dans ces hypothèses, le droit réalisé, même partiellement, doit être préservé contre les différentes atteintes qui pourraient lui être portées. Ainsi, la concrétisation progressive du droit, dans l'ordre juridique interne, lui fait perdre son caractère purement programmatique et lui permet de revêtir les critères d'un texte d'effet direct. Il reviendra, par suite, au juge de le respecter et de le protéger puisque l'objectif programmatique s'est concrétisé sous la forme d'un droit subjectif. Surtout, ces obligations peuvent trouver un puissant support auprès de la théorie de la non-régression. La progressivité des droits impose aux États parties d'avancer par paliers successifs, chaque législation devant contribuer à atteindre graduellement l'objectif posé par le traité. Or, le passage d'un palier semble interdire un rétropédalage trop énergique. Cette obligation, dite de *standstill*, également d'effet-cliquet, a été identifiée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, lors de son observation générale numéro 3, relative à la nature des obligations des

45 C. Sciotti-Lam, *op. cit.*

46 Concernant la jurisprudence de la Cour de cassation : pour le Pacte de New-York relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, v. l'arrêt *Inchenlaub*, Soc. 16 dec. 2008, Bull. civ. V, n° 251 ; pour la Charte sociale européenne, v. Soc. 14 avr. 2010, Bull. civ. V, n° 100. Le Conseil d'Etat a admis, pour la première fois, à l'occasion d'un arrêt de 2014 que l'article 24 de la Charte sociale européenne était d'effet direct, CE, 7 fév. 2014, req. 358992, également CE 13 mai 2015, n° 363520.

États parties découlant de l'article 2 § 1 du Pacte de New-York⁴⁷. On la retrouve également dans les travaux du Comité européen des droits sociaux⁴⁸. En transposant cette obligation dans sa jurisprudence, le juge national de droit commun permettrait aux droits sociaux conventionnels d'acquérir la qualité de norme d'effet direct. Il parviendrait ainsi à neutraliser, dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité, les législations délibérément régressives⁴⁹.

Surtout, exiger de la norme protectrice des droits sociaux de l'homme qu'elle revête un caractère d'effet direct pour l'appliquer cadennasse trop considérablement sa justiciabilité. Le juge pourrait déverrouiller les loquets de l'injusticiabilité des droits sociaux en observant avec plus d'attention les autres déclinaisons de l'invocabilité.

B. LES DÉCLINAISONS DE L'INVOCABILITÉ IGNORÉES

L'effet direct n'est qu'une facette de l'invocabilité. Ainsi en ont décidé la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil d'Etat français afin de garantir la primauté et l'effet utile des directives de l'Union. Selon le juge luxembourgeois, il convient de reconnaître à minima une invocabilité d'interprétation conforme au bénéfice des directives dénuées d'effet direct⁵⁰. Quant à la Haute juridiction administrative, c'est une invocabilité d'exclusion qu'elle veut distinguer de l'effet de substitution que peut produire l'effet direct⁵¹. Ces déclinaisons de l'invocabilité n'ont hélas guère prospéré par-delà le contentieux relatif aux normes

47 Selon le Comité, « toute mesure délibérément régressive dans ce domaine doit impérativement être examinée avec le plus grand soin... », Site internet de l'ONU, document E/1991/23, § 9.

48 J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », *Droit social* 2013, p. 339.

49 Les juridictions de droit commun prolongeraient, en outre, la position du Conseil constitutionnel qui impose au législateur, comme au gouvernement, de s'assurer que la modification ou l'abrogation de dispositions internes n'a pas pour effet de priver un objectif constitutionnel de garanties légales : Déc. du 19 janvier 1993, C.C. 94-359, concernant la loi sur la diversité de l'habitat : « Considérant qu'il incombe tant au législateur qu'au Gouvernement de déterminer, conformément à leurs compétences respectives, les modalités de mise en œuvre de cet objectif à valeur constitutionnelle ; que le législateur peut à cette fin modifier, compléter ou abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées à la seule condition de ne pas priver de garanties légales des principes à valeur constitutionnelle qu'elles avaient pour objet de mettre en œuvre ».

50 CJCE, arrêt Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen, 10 avr. 1984, n° 14/83.

51 CE, arrêt Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française, 28 sept. 1984, n° 28567.

de l'Union. Cette retenue du juge est particulièrement préjudiciable aux droits sociaux tant ces formes atténuées d'invocabilité permettraient de déjouer leur injusticiabilité.

À l'occasion de son arrêt *Von Colson et Kamann* du 10 avril 1984⁵², le juge luxembourgeois a considéré que le juge interne devait interpréter son droit national « à la lumière du texte et de la finalité de la directive ». Il est, par conséquent, impératif de préserver cette forme minimale d'invocabilité alors même que le texte de droit dérivé est dépourvu d'effet direct. La jurisprudence du juge de droit commun n'est pas indifférente à l'usage de cette invocabilité. Ainsi, la Cour de cassation française la mobilise certes en faveur des directives⁵³, mais va plus loin, puisqu'elle interprète le droit national conformément aux normes issues de la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'elle a, elle-même, été interprétée par la Cour de Strasbourg⁵⁴. Ce faisant, elle projette ce mécanisme issu du droit de l'Union sur le droit européen. Cet effort mérite aussi d'être déployé au bénéfice de normes internationales dépourvues d'effet direct consacrant de simples objectifs comme c'est le cas de certains droits économiques, sociaux et culturels.

Découverte par le Conseil d'Etat afin de contourner le défaut d'effet direct d'une directive, l'invocabilité d'exclusion permet simplement d'évincer le droit national contraire à la norme de droit dérivée. Elle se dissocie de l'effet direct en ce qu'elle ne reconnaît pas à la norme internationale la capacité de se substituer au droit national non conforme. Cette forme d'invocabilité est donc particulièrement utile dans le contentieux administratif lorsqu'il importe d'annuler ou d'écarter un acte administratif. Hélas, elle demeure cantonnée au bénéfice du droit de l'Union. Il est vrai, cependant, que la pertinence d'un mécanisme d'éviction dans un contentieux judiciaire mérite d'être soulevée. En effet, les litiges supposent un intérêt à agir, dans le but de préserver un droit subjectif. Par conséquent, les hypothèses où la simple éviction permettra au juge de

⁵² *Ibid.*

⁵³ Soc. 4 nov. 2009, n° 08-17.469.

⁵⁴ Par exemple : la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation s'approprie le mécanisme dans le contentieux relatif à l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale, qui réservait aux femmes le bénéfice d'une majoration de carrière pour avoir élevé un ou plusieurs enfants. La Haute juridiction consent donc à expurger la législation interne de sa portée discriminatoire en étendant le bénéfice de l'allocation aux parents sans considération de sexe, sur le fondement d'une combinaison de l'article 1 du protocole 1^{er} de la CEDH combiné à 14, par référence à l'arrêt *Gayguzuz* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme : Soc. 28 mai 2009, n° 08-14263. Également : Soc. 14 janv. 1999, Bull. civ. V, n° 24 ; Civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, Bull. civ. I, n° 32, p. 24 ; Ass.Plén. 16 avril 2004, Bull. AP. n°8.

trancher la cause semblent marginales. Cependant, bien que plus rares, ces hypothèses ne sont pas inexistantes et pourraient restreindre l'injusticiabilité des droits sociaux. Ainsi, le contentieux répressif est propice à ce raisonnement, dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité d'une incrimination pénale. Il s'agit d'un contentieux objectif pour lequel l'exclusion d'une incrimination sur le fondement d'un droit, même simplement programmatique, permet d'apporter une solution au litige. Il n'est pas besoin de découvrir dans la norme un droit subjectif. Ce contrôle peut, par exemple, être envisagé à l'égard des peines complémentaires prévoyant des interdictions professionnelles⁵⁵. Enfin, l'invocabilité d'exclusion pourrait révéler toute sa pertinence au sein du droit négocié du travail qui a un caractère normatif. Un contrôle peut être opéré par les juridictions judiciaires à l'égard de la légalité des clauses insérées dans les conventions collectives, y compris celles ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension⁵⁶. Le juge pourrait veiller à ce qu'une clause n'entrave pas la réalisation des objectifs posés par les traités protecteurs des droits sociaux, la seule éviction de la clause permettant de trancher le litige sans que l'application d'un droit subjectif soit nécessaire.

Malgré toute l'énergie déployée à la relativiser, l'injusticiabilité des droits sociaux de l'homme demeure vivace. Elle est le fait d'un pouvoir trop contraint des juges supranationaux, qui ne peuvent guère contourner les règles procédurales définies par les traités, pas plus d'ailleurs qu'ils ne sauraient dénier aux souverainetés nationales leur importante marge d'appréciation dans la concrétisation des droits sociaux. Bien que créatifs et volontaires dans leurs interprétations, ils ne peuvent suppléer celui qui pourrait devenir le véritable chef d'orchestre de l'application des droits sociaux : le juge national. Cependant, du moins en ce qui concerne le juge français, il demeure en retrait, négligeant de mobiliser les mécanismes qui permettraient d'invoquer valablement les dispositions conventionnelles les garantissant. Ne voulant probablement pas empiéter sur le rôle du législateur dans la concrétisation des droits sociaux, le juge privilégie l'injusticiabilité à l'effectivité.

⁵⁵ Crim. 17 mai 2000, n° 99-86.606 ; 30 janv. 2001, n° 00-92.341 ; 25 sept. 2001 n° 00-83.775.

⁵⁶ Civ. 2^{ème}, 12 juillet 1963, *Bull. civ.* II, n° 524 ; Soc. 4 février 1987, *Bull. civ.* V, n° 61, p. 39.

Équité et droit pénal : l'impossible justice ?

Sébastien Pellé, Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Directeur du Centre de Recherche et d'Analyse Juridiques (CRAJ – EA 1929).

S'il est une figure qui incarne l'équité en droit pénal, c'est bien celle du « bon juge » Magnaud. Ce magistrat, sévèrement critiqué par sa hiérarchie, a laissé son nom à l'histoire pour avoir été à l'origine d'un célèbre jugement d'équité, aujourd'hui cité dans tous les manuels de droit pénal général¹. Les faits sont bien connus ; la solution également. Une mère de famille a été relaxée alors qu'elle avait objectivement volé un pain pour nourrir son enfant, âgé de deux ans, et alors que celui-ci n'avait rien mangé depuis trente six heures. Le juge de Château-Thierry retient une forme de contrainte ayant aboli l'élément intentionnel de l'infraction². Associée à la création jurisprudentielle de l'état de nécessité³, cette décision illustre à la perfection le dilemme de la science

¹ Sur ce paradoxe, v. not. L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, coll. Forum, p. 182s. ; M. Sadoun, *Paul Magnaud, « le bon juge »*, Riveneuve, 2011 ; M. Sadoun et M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du bon juge Magnaud », *Mélanges Wiederkehr, De code en code*, Dalloz, 2009, p. 335 s. Le juge Magnaud est en réalité connu pour avoir rendu beaucoup d'autres décisions très critiques à l'égard du droit en vigueur et s'être ensuite engagé en politique comme député à partir de 1906.

² Trib. Corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, S. 1899, II, 1, note J.-A. Roux et D. 1899, II, 329, note L. Josserand.

³ Il faudra néanmoins attendre : Cass. crim., 25 juin 1958, *Lesage*, J. Pradel et A. Varinard, *Les grands*

juridique, tiraillée entre le strict respect de la règle et la recherche de correctifs en présence de circonstances exceptionnelles : « qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ; que lorsqu'une pareille situation se présente, et qu'elle est [...] très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi »⁴. A la mesure de son excès, cette formule exprime tout à la fois l'opposition de nature et l'irrésistible attraction entre le droit et l'équité. Pourtant, en droit pénal, la parenthèse a été vite refermée et le « cas Magnaud » relégué au rang des exceptions, voire des dérives du système. Dans un droit entièrement construit autour du principe de légalité, l'équité semble bannie non seulement du vocabulaire⁵ mais également du raisonnement⁶.

D'une manière générale, le droit et l'équité entretiennent des rapports complexes car l'un apparaît d'emblée comme la négation de l'autre. Le droit, général et abstrait, postule une règle identique pour tous, là où l'équité, spéciale et concrète, commande une solution propre à chaque cas⁷. Pourtant, le droit n'a de cesse de rechercher des facteurs de souplesse afin d'adapter la rigueur de la règle à la diversité de certaines situations particulières, de telle sorte que droit et équité s'inscrivent également dans une indispensable complémentarité. Cette équité que le droit rejette participe à la réalisation de ses finalités en concourant à la paix sociale et en œuvrant à une meilleure définition « du juste »⁸. En outre, les deux notions ont en commun d'être fondamentalement indéfinissables, et cette relative indétermination permet à chacune d'intégrer partiellement l'autre jusqu'à ce que la logique de l'une d'elles l'emporte⁹. Ainsi, comme l'a souligné Aristote, l'équité agit à la manière d'« un correctif de la loi, là où la loi a manqué

arrêts du droit pénal général, Dalloz, 10^e éd., 2016, n° 24.

⁴ Trib. Corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, préc.

⁵ Sauf en procédure depuis le développement de la notion de procès équitable mais le sens y est différent. V. entre autres références, J.-P. Marguénaud, « Le droit à l'expertise équitable », *D.* 2000, p. 1118. ; B. Bouloc, « L'expertise pénale et l'équité », *D.* 2016, p. 1519 s. ; M. Herzog-Evans, « Les vertus criminologiques de l'équité processuelle : le modèle LJ-PJ-TJ », *AJ Pénal*, 2016, p. 1298.

⁶ Sur ce constat, v. A. André, *Essai sur l'équité en droit pénal*, Thèse Montpellier, 2015 ; D. Thomas et M. Dinu Bakos, *L'équité en droit pénal substantiel*, Thèse Nantes, 2016.

⁷ En ce sens, v. la célèbre injonction de l'article 12 al. 1^{er} CPC : « Le juge tranche le litige en application des règles de droit qui lui sont applicables » et la définition commune du mot équité : « justice spontanée qui n'est pas dirigée par les règles de droit en vigueur » (Petit Robert).

⁸ V. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd., 2015, n° 33 s.

⁹ V. Définir le droit I et II, *Droits*, 1989, n° 10 et 1990, n° 11 et Ch. Jarrosson et F.-X. Testu, v° Équité, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. D. Allans et S. Rials, Puf, 2003.

de statuer à cause de sa généralité »¹⁰. Inversement, l'équité peut elle-même devenir la source d'une nouvelle règle de droit lorsque, par la récurrence de son application, elle donne lieu à une solution pérenne¹¹.

Ce double mouvement, introduire une dose d'équité dans le droit et transformer l'équité en véritable règle, a progressivement abouti à la distinction entre l'équité subjective et l'équité objective¹². L'équité d'Aristote est traditionnellement présentée comme une équité subjective qui intervient par rapport à la loi dans une fonction de correction, soit pour compléter soit pour suppléer le juste légal. L'équité objective a été dégagée postérieurement pour désigner celle qui fonde progressivement un corps de règles nouvelles, en principe non écrites, qui pourront ensuite être consacrées par le législateur. L'équité finit alors par perdre sa nature pour intégrer le système juridique par mutation. Avec cette distinction, l'équité se présente bien souvent comme l'antichambre du droit en tant que manifestation avant l'heure de ce qui a vocation à devenir règle. Elle confirme également toute l'ambiguïté des rapports entre le droit et l'équité. Cette dernière constitue un mécanisme par essence sous-terrain qui n'agit bien que dans l'ombre mais qui ne devient parfaitement visible que lorsqu'elle n'est plus. Néanmoins, la conscience d'un tel processus autorise une meilleure perception des modes de production du droit et, au final, une progression dans la connaissance de la chose juridique elle-même. Selon le Doyen Carbonnier, « les choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis des millénaires qu'il y a des juges, et qui pensent. A voiler ce processus psychologique, on s'exposerait, dès le départ, à prêter au droit une rigidité qui n'est pas dans les faits »¹³. Paradoxalement, c'est sans doute dans les matières où l'équité est la plus refoulée, comme en droit pénal, qu'elle est la plus influente. La question est finalement celle des critères de jugement d'un acte déviant. A partir de quel moment le bras armé de la répression doit-il être actionné, sous quelle forme et

10 V. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Librairie philosophique J. Vrin, 2007, Livre V, Chap. 14, 1137b, § 25. En ce sens, v. également la définition de l'*Oxford English Dictionary* qui énonce que l'équité est « l'application des principes de justice pour corriger ou ajouter à la loi », cité par Ch. Pitchers, « L'équité dans la décision pénale », *Justices*, 1998, p. 131 s.

11 L'un des exemples les plus célèbres en droit civil réside dans l'enrichissement sans cause. V. Cass. Req., 15 juin 1892, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, vol. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 241.

12 Sur l'origine et les différentes conceptions de l'équité, v. not. Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, Bibl. dr. privé, vol. 329, préf. R. Cabrillac, n° 15 s. et 69 s. et M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, Paris II, 2007, n° 35 s.

13 J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, Puf, coll. Quadrige, 2004, n° 9.

avec quelle intensité ? Face à cette interrogation, penser les interactions entre le droit pénal et l'équité invite à un certain réalisme en conscientisant, et par conséquent en contrôlant, l'ensemble des éléments qui sont à l'œuvre pour mener à une réponse juridique. La problématique se retrouve tant au stade de la construction de cette réponse qu'au stade de sa mise en œuvre, ce qu'il convient de vérifier en examinant les rapports du droit pénal aussi bien avec l'équité objective (I) qu'avec l'équité subjective (II).

I. Équité objective et droit pénal

L'équité devenue règle ne perturbe pas le système juridique dans la mesure où celle-ci finit par se dissoudre dans le droit, après l'avoir inspiré, en adoptant la forme et en respectant la logique juridique. La matière pénale ne fait pas exception. Dans le respect du principe legaliste, la loi prévoit elle-même un certain nombre de correctifs qui ont tous en commun d'atténuer la rigueur de certaines solutions pour écarter une application trop mécanique de la règle. Cette dose d'équité, aujourd'hui admise par les textes, parcourt toute la chaîne de décision pénale, de l'appréciation de la responsabilité pénale (A) jusqu'à l'individualisation de la peine (B).

A. L'APPRÉCIATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

La responsabilité pénale, qui peut être définie comme l'obligation pour l'auteur d'une infraction de subir une peine, permet de déterminer dans quels cas et à quelles conditions le comportement d'une personne doit fonder une réaction sociale, et dans l'affirmative sous quelle forme. Ainsi, la responsabilité pénale englobe toutes les branches du droit répressif, du droit pénal général au droit pénal spécial (conditions et faits générateurs), en passant par la procédure jusqu'à l'exécution des peines (application et sanction). En principe, dès lors qu'un individu s'est engagé, volontairement et consciemment, dans un comportement incriminé, il s'expose à une sanction pénale. Pourtant, le droit pénal contient différents mécanismes qui conduisent à une application plus nuancée de la responsabilité alors que toutes les conditions paraissent objectivement satisfaites.

Certains mécanismes présentent d'emblée un caractère très dérogoire en ce sens qu'ils interviennent en aval de la décision judiciaire, après l'établissement de la responsabilité pénale par un juge. Le cas de la grâce s'inscrit dans cette logique. Résurgence de l'arbitraire du monarque, elle permet de neutraliser une condamnation pénale pour s'opposer à la mise à exécution de tout ou partie de la sanction prononcée. Aujourd'hui prévue à l'article 17 de la Constitution, elle relève de la compétence du président de la République qui peut prendre une décision de grâce individuelle. La décision se place par elle-même en dehors du droit au sens strict. Archétype de la justice des cas particuliers, elle présente tous les attraits du correctif d'équité à l'état pur. Elle intervient en l'absence de tout autre recours juridique et n'obéit à aucun critère préétabli. Loin de constituer une exception française, la grâce est une institution ancienne qui existe dans la plupart des États¹⁴. Cette permanence, associée à sa réalité pratique¹⁵, atteste de la nécessité d'assortir les règles les plus strictes de facteurs de souplesse. La grâce n'est pas le seul mécanisme à remplir cet office. Elle pourrait être rapprochée de l'amnistie¹⁶, et surtout d'autres mesures qui en dérivent, aujourd'hui institutionnalisées et relevant de la compétence du juge, tels que les dispenses¹⁷ et les réductions de peines¹⁸.

À la différence de la grâce, d'autres mécanismes s'expriment en amont de la décision judiciaire pour, cette fois, empêcher l'établissement de la responsabilité pénale et le prononcé d'une peine. Le correctif d'équité est intégré dans le processus menant à la décision et paraît, dès lors, entièrement soumis à la logique juridique, obéissant lui-même à des critères et pouvant faire l'objet d'un débat contradictoire. Le Code pénal de 1992 consacre ces mécanismes au titre des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité qui renvoient aux faits justificatifs et causes de non-imputabilité¹⁹.

Le rattachement des faits justificatifs de l'infraction à l'équité s'opère aisément. Associés au « bon juge Magnaud » depuis la fin du XIX^e siècle, ils incarnent la figure du jugement d'équité en droit pénal. Par nature, ils constituent

14 Sur cet aspect de droit comparé, v. J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 20^e éd., 2014, n° 892.

15 On estime à environ 30 000 le nombre de recours par an dans le cadre desquels la grâce est prononcée environ 500 fois. Elle concerne principalement des primo délinquants condamnés à de courtes peines. Sur ces statistiques, v. J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 898.

16 Art. 133-9 à 133-11 CP : l'amnistie efface rétroactivement les condamnations prononcées.

17 V. E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 2^e éd., 2015, n° 460 s.

18 *Ibid.*, n° 1081 s.

19 CP, Livre I, Titre II, Chap. II, art. 112-1 à 122-8.

des excuses légales qui autorisent une solution dérogatoire en considération du contexte factuel de l'affaire apprécié au cas par cas. Techniquement, le fait justificatif empêche la qualification pénale alors que l'infraction est pourtant constituée dans tous ses éléments, tant matériel que moral. Selon un principe de hiérarchie des valeurs, le législateur justifie exceptionnellement la commission d'une infraction au nom de certains impératifs supérieurs : la légitime défense, l'état de nécessité, l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime²⁰.

Le cas des causes de non-imputabilité est plus complexe. Dans la théorie classique, l'imputabilité, qui postule la pleine conscience de l'auteur, est présentée comme une condition à part entière de la responsabilité pénale. Ainsi, l'absence de responsabilité pénale en présence d'un trouble mental, d'une erreur ou d'une contrainte ne résulte pas de la prise en compte d'une circonstance exceptionnelle liée à la commission des faits mais du défaut pur et simple d'une condition de la responsabilité. Néanmoins, la référence à l'équité pourrait expliquer une différence entre le droit civil et le droit pénal quant à la conception et au rôle de l'imputabilité. Cette différence s'est faite jour depuis que le droit civil a admis la notion de faute objective²¹, là où le droit pénal est demeuré fidèle à la faute subjective. Cette évolution revient à distinguer deux conceptions de l'imputabilité, laquelle se présente comme une opération de rattachement d'entre un acte à un auteur. Le droit civil accepte d'imputer une faute à une personne non discernante selon un critère objectif (la défectuosité du comportement) tandis que le droit pénal le refuse en retenant un critère de rattachement subjectif (la capacité de reproche). Dit autrement, il ne peut être envisagé d'appliquer une peine à une personne qui, bien qu'ayant objectivement commis une infraction²², n'était pas pleinement libre d'agir et de choisir au moment des faits. C'est une autre différence qui s'exprime entre les deux droits et qui

20 Avec une discussion pour la création de nouveaux cas comme les droits de la défense. Y. Mayaud, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », *Mél. Gassin*, PUAM, 2007, p. 293s.

21 Les étapes de cette évolution sont bien connues, v. la loi du 3 janvier 1968 qui, à l'occasion de la réforme des incapables majeurs, a introduit l'article 489-2 du Code civil (devenu 414-3) : « Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation » et la jurisprudence de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984 (5 arrêts) pour les enfants en bas âge, v. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, vol. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 193. Sur la notion, v. H. Mazeaud, « La faute objective et la responsabilité sans faute », *D.* 1985, Ch., p. 13 s.

22 Bien qu'il soit permis d'en discuter au regard de la relative indétermination du contenu de la notion d'infraction. Selon certaines conceptions, l'imputabilité est intégrée dans l'élément intentionnel de l'infraction. V. P. Maistre du Chambon et Ph. Conte, *Droit pénal général*, Sirey Université, 2007, 7^e éd., n° 215 s., 349 et 351.

marque l'émancipation complète de la responsabilité civile. Dans le cadre de sa fonction réparatrice, cette dernière s'est progressivement construite en faveur des intérêts de la victime à mesure de la socialisation des risques. En revanche, le droit pénal, au moins dans l'appréciation des conditions de la responsabilité, demeure centré sur la situation de l'auteur. A travers cette conception subjective de l'imputabilité en droit pénal, la responsabilité pénale postule un examen du psychisme de l'auteur de l'acte matériel pour, *in fine*, ne lui imposer la peine qu'à la condition que celle-ci soit socialement utile. A la faveur cette fois du développement des sciences sociales, et particulièrement de la criminologie, l'importance du subjectivisme n'a eu de cesse de se développer, ce qu'illustre le principe d'individualisation de la peine.

B. L'INDIVIDUALISATION DE LA PEINE

Une fois le principe de la responsabilité pénale admis, l'individualisation (ou personnalisation) des peines exprime le pouvoir modérateur du juge au stade de la détermination de la peine et constitue, à ce titre, un autre exemple de jugement au cas par cas. Les critères comme les modalités de l'individualisation des peines font très nettement apparaître sa filiation avec l'équité. Pour chaque infraction, le juge reçoit le pouvoir de fixer la nature, le *quantum* et le régime des peines dans la limite des catégories et des *maxima* légaux prévus. Cette individualisation est appréciée selon deux éléments principaux : la personne du condamné et les circonstances de l'infraction²³. Par ailleurs, la décision n'a pas, en principe, à être motivée²⁴. L'individualisation s'inscrit dans la logique du renouvellement des fonctions de la peine afin d'adapter la réaction sociale à chaque cas et participer activement à la réinsertion des délinquants dans la perspective de prévenir la récidive²⁵. L'avantage porte en lui-même son inconvénient qui a été

23 « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 » (art. 132-1 al. 3 CP).

24 Sauf désormais lorsque le juge prononce une peine d'emprisonnement ferme en matière correctionnelle, v. E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *op. cit.*, n° 368 s.

25 « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :

1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ;

2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion » (art. 130-1 CP).

magistralement exprimé par Tarde dès la fin du XIX^e siècle alors que la question commençait à mobiliser la doctrine : « Le malheur est qu'individualiser la peine, c'est l'inégaliser pour des fautes égales »²⁶.

L'individualisation des peines aboutit ainsi à un décalage, source de profondes incompréhensions dans l'opinion publique, entre la peine encourue et la peine prononcée. Par l'effet de ce mécanisme, une même qualification pénale, un meurtre par exemple, ne recevra pas la même peine selon qu'il est jugé par la Cour d'assises de Pau, d'Orléans ou de Limoges. Ce qui peut donner l'impression d'une justice, au mieux casuistique, au pire extrêmement versatile et aléatoire²⁷. Bien plus encore, le décalage se poursuit avec la peine exécutée grâce aux règles d'aménagement de la peine qui, dans certains cas et à certaines conditions, confèrent au juge d'application des peines un pouvoir exorbitant d'amendement pour modifier soit la nature soit le régime de la peine prononcée. Paradoxalement, alors que le droit pénal représente le modèle d'un « droit dur », inflexible et prévisible, il est aussi celui qui tolère en son sein une dérogation totalement inédite à l'autorité de la chose jugée²⁸. Malgré toutes ces limites, la souplesse que procure l'individualisation de la peine a fait le succès du mécanisme qui est en développement constant depuis la fin du XIX^e siècle²⁹. L'individualisation de la peine est devenue un principe à valeur constitutionnel, rattaché à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³⁰. La loi Taubira du 15 août 2014, en a fait une véritable obligation pour le juge³¹.

26 G. Tarde, préface de l'ouvrage de R. Saleilles, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, 1898, rééd. Elibron Classics, 2006, p. V- VI.

27 A cet égard, v. la très intéressante expérience menée par une troupe de théâtre belge sous la responsabilité de R. Bernat et Y. Duyvendak, *Please continue (Hamlet)*. Il s'agissait de proposer une pièce de théâtre participative afin de reconstituer un procès d'assises. Dans chaque ville, le jury était joué par des membres du public tirés au sort, les magistrats et avocats par des professionnels du ressort et les accusés, parties civiles et témoins par des acteurs de la troupe. Le résultat est sociologiquement très intéressant. Pour un même dossier (meurtre avec circonstance aggravante), inspiré de faits réels, joué plus d'une centaine de fois, non seulement le verdict final peut être très variable entre acquittement et condamnation. En outre, lorsqu'une condamnation est prononcée, la peine peut aller de quelques années d'emprisonnement à la réclusion à perpétuité.

28 Ces aménagements peuvent intervenir dès le prononcé de la peine ou au cours de son exécution, ce qui débouche sur un système complexe d'articulation et parfois de concurrence entre la juridiction de jugement et les juridictions de l'application des peines, v. E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *op. cit.*, n° 868 s.

29 V. R. Saleilles, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, 1898, rééd. Elibron Classics, 2006.

30 V. Cons. constit., 19 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, n° 15 et 16. Plus récemment, Cons. constit., 22 juillet 2005, n° 2005-520 DC, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, n° 3 ; Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC, *M. Stéphane A. et autres [Article L. 7 du code électoral]*, n° 4.

31 « Toute peine prononcée par la juridiction de jugement doit être individualisée » (art. 132-1 al.2 CP), loi n°

L'engouement du droit français pour l'individualisation de la peine s'inscrit dans un contexte historique et idéologique particulier. Sous l'angle historique, contrairement à la tradition pénale moderne, le mécanisme même de l'individualisation n'est pas issu de la révolution française. Bien au contraire, le droit intermédiaire, en réaction au système des peines arbitrées de l'Ancien Régime, avait institué un système strictement légaliste, dit des peines fixes. Celui-ci ne laissait aucune liberté au juge et imposait de prononcer pour chaque infraction la peine légalement encourue. Jugé trop rigide, ce système n'a pas été repris par le Code pénal de 1810 qui a adopté un modèle intermédiaire en autorisant le juge à déterminer la peine dans le respect d'un maximum et d'un minimum de peine, prévus pour chaque infraction. Très rapidement, en 1832, le système allait être amendé avec l'institution des circonstances atténuantes qui permettaient au juge de descendre au-dessous du minimum légal³². Néanmoins, il n'était pas encore question d'individualisation des peines et cette évolution était fermement critiquée dans les milieux juridiques de peur de voir réapparaître l'arbitraire du juge répressif. Le facteur décisif est à rechercher ailleurs et il doit être identifié dans l'émergence d'une nouvelle discipline scientifique. A partir du milieu du XIX^e siècle, la criminologie naissante va être à l'origine, tout à la fois, d'un contexte de concurrence et d'émulation dans l'élaboration des réponses à la criminalité. Ces théories nouvelles vont avoir pour effet de porter l'attention non plus uniquement sur l'acte lui-même mais de plus en plus sur son auteur. Ce n'est pas un hasard si l'individualisation de la peine se construit au même moment. Elle va constituer la réponse juridique au développement des thèses criminologiques, jugées particulièrement attentatoires aux libertés, afin de s'ouvrir à une prise en considération de l'individu tout en restant fidèle à la logique juridique³³. Cette évolution va également favoriser l'émergence d'une série d'idées nouvelles telles que la césure du procès pénal qui se traduit par une nouvelle philosophie du jugement de l'infraction, plus seulement celui d'un acte mais aussi celui d'un délinquant³⁴.

Le mécanisme de l'individualisation, aujourd'hui devenu l'un des principes directeurs de la peine, traduit une évolution paradoxale par rapport aux sources

2014-896 du 15 août 2014 relative à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines.

32 Sur ces éléments historiques, v. J. Leroy, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. Manuel, 6^e éd., 2016, n° 591.

33 V.D.Messinéo, « Un moment de rethéorisation du droit pénal: l'individualisation des peines aux origines de droit pénal républicain », *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, actes du colloque, Orléans, 13 et 14 octobre 2016, LexisNexis, 2017, p. 7 s.

34 V. not. M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 2^e éd., 1971.

du droit pénal. En redonnant un véritable pouvoir d'appréciation au juge, il marque un certain recul de la loi, à l'origine conçue comme autosuffisante en droit pénal, et ouvre la voie à une prise en compte plus large de l'équité dans l'évolution et l'application du droit répressif.

II. Équité subjective et droit pénal

L'équité subjective semble plus délicate à admettre en droit pénal dans la mesure où elle entre directement en opposition avec le principe de la légalité criminelle. Pourtant, cette équité « hors la loi » est difficilement contestable. Prenant l'expression dans tous les sens, elle n'implique d'ailleurs pas nécessairement une décision contraire au juste légal mais également au-delà de ses prévisions et renvoie le plus souvent à des processus refoulés qui participent à la décision finale. L'équité subjective invite ainsi à s'interroger sur le rôle du juge en matière pénale. Assumer son existence revient, non sans un certain paradoxe, à reconnaître un rôle institutionnel à la jurisprudence parmi les sources du droit pénal (A), et à laisser place à un certain pragmatisme dans la décision de culpabilité (B).

A. L'INSTITUTIONNALISATION DE LA JURISPRUDENCE PÉNALE

Envisager d'accorder une place à l'équité subjective en droit pénal revient à proposer une conception non dogmatique de la légalité criminelle afin de valoriser l'intervention du juge. Traditionnellement, la jurisprudence n'est pas considérée, en droit français, comme une source du droit pénal. Cette position découle d'une conception stricte de la légalité criminelle, héritée de la révolution française, qui fait de la loi une garantie contre l'arbitraire du juge et qui s'exprime notamment par le principe d'interprétation stricte de la loi pénale³⁵. En ce sens, le législateur et le pouvoir réglementaire sont seuls compétents pour définir la frontière entre le permis et l'interdit, c'est-à-dire déterminer et faire évoluer le corpus répressif des infractions et des

³⁵ La Cour de cassation reste elle-même fidèle à cette position et estime qu'une simple interprétation jurisprudentielle n'est pas créatrice, v. Cass. crim., 30 janvier 2002, *Bull. crim.* n° 16.

peines³⁶. Pour autant, est-ce à dire que le juge ne joue aucun rôle créateur en matière pénale ? Comme dans les autres branches du droit, il convient sans doute d'adopter une conception plus réaliste des rapports entre la loi et la jurisprudence³⁷. La jurisprudence, par son effet de concrétisation, vient spécifier le contenu de la règle de droit. En ce sens, juger c'est presque toujours admettre l'équité, non pas contre le droit, mais aux côtés du droit dans sa fonction d'adaptation et de correction du juste légal. Simplement, en matière pénale, les possibilités de création *ex nihilo* par le juge demeurent sans doute plus limitées dans la mesure où le système repose sur la condition d'un préalable textuel.

Malgré cette particularité, le support textuel des incriminations et des peines n'est pas autosuffisant. En lui-même, le constat n'est pas nouveau, simplement la perception du rôle du juge fait l'objet d'une évolution à mesure que le pluralisme juridique gagne la sphère pénale. En complément de la loi, le juge participe à la délimitation du champ d'application des infractions et des peines et, *in fine*, contribue à l'œuvre de prévision et de sécurité qui font l'âme de la légalité pénale. Une légalité renouvelée dans laquelle la loi – ou plus exactement aujourd'hui les sources écrites – occupe toujours une place centrale mais dans laquelle celle-ci n'apparaît plus comme la source exclusive du droit pénal³⁸. La jurisprudence devient une source du droit pénal dans la mesure où elle est indispensable à sa mise en forme finale et à sa compréhension³⁹. Ce statut de la jurisprudence est d'ailleurs reconnu au niveau supra-législatif. La Cour de Strasbourg a depuis longtemps intégré la jurisprudence à la légalité criminelle : « Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être [...], il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. La jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal »⁴⁰. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a également considéré que les exigences de la légalité n'étaient pas incompatibles avec la néces-

36 Art. 34 et 37 de la Constitution.

37 V. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd., 2015, n° 356 s.

38 V. également, « Faut-il repenser le principe de la légalité pénale ? », Travaux du XIV^e Congrès de l'Association française de droit pénal », *RPDP*, 2001, p. 247 s. ; et A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *RSC*, 2007, p. 509 s.

39 Pour s'en convaincre, il n'est qu'à mesurer la place qu'occupe l'actualité jurisprudentielle dans un cours de droit pénal spécial et dans les revues juridiques.

40 CEDH, 22 nov. 1995 *S.W. c/ Royaume Uni* ; CEDH, 15 nov. 1996, *Cantoni vs. France* et CEDH, 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz vs Allemagne* ; F. Sudre et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8^e éd., 2017, Puf, n° 37.

saire fonction de complétude de la jurisprudence dès lors que le texte fixe les orientations générales afin d'éviter l'équivocité et garantir le risque d'arbitraire dans l'interprétation⁴¹.

En droit de fond comme en procédure, il paraît difficile de nier que l'activité du juge répressif complète utilement la loi pour corriger l'imprécision inhérente à la généralité de son énoncé et compenser l'inévitable fixité d'un texte face à l'inexorable mouvement de la vie.

En premier lieu, la jurisprudence concrétise les éléments constitutifs de chaque infraction en sériant les comportements effectivement couverts par le texte d'incrimination. Péle-mêle, et pour s'en tenir à quelques exemples célèbres aujourd'hui relativement stables, c'est la jurisprudence qui permet de saisir le contenu de l'acte homicide dans le meurtre (art. 221-1 CP), de l'élément intentionnel dans l'empoisonnement (art. 221-5 CP), des manœuvres frauduleuses dans l'escroquerie (art. 313-1 CP) ou encore d'identifier le contenu des agressions sexuelles autres que le viol (art. 222-27 CP)... Dans d'autres cas, la jurisprudence arbitre – ou déclenche – de véritables controverses dont la résolution oriente de manière décisive l'application de telle incrimination ou de tel principe. C'est elle qui est à l'origine d'un renouveau du détournement dans l'abus de confiance⁴², qui a déterminé ce qu'est un acte contraire à l'intérêt social dans l'abus de biens sociaux⁴³ ou encore qui arrête la notion d'organe ou de représentant dans la responsabilité des personnes morales...⁴⁴

41 V. not. Cons. constit., 13 janvier 2005, n° 2004-509 DC, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, consid. 25 : « qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ; que, pour autant, ces autorités conservent le pouvoir d'appréciation et, en cas de besoin, d'interprétation inhérent à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières ». V. aussi Cons. constit., 21 septembre 2012, n° 2012-271 QPC, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre [Immunité pénale en matière de courses de taureaux]*, consid. 5. Le contentieux relatif à la constitutionnalité de la faute caractérisée est également très significatif. V. Crim., 24 sept. 2013, n° 12-87.059, D. 2013, p. 2443 s., note P. Hennion-Jacquet : « la disposition critiquée laisse au juge le soin de qualifier les comportements que le législateur ne peut énumérer a priori de façon exhaustive » et « qu'elle est rédigée en termes suffisamment clairs et précis pour permettre que son interprétation se fasse sans risque d'arbitraire [...] ».

42 V. not. S. Détraz et R. Ollard, « La dissociation de l'objet de l'abus de confiance », *Dr. pénal* 2014, Etudes n° 20 et 22 ; F. Safi, « Les nouvelles frontières de l'abus de confiance », *RPDP*, 2014, p. 553 s.

43 A l'issue d'une véritable saga jurisprudentielle dont l'épilogue a été fixé par l'affaire Carignon, v. Cass. crim., 27 octobre 1997, *Bull. crim.* n° 352 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 869 s., note B. Boulloc ; *Dr. pénal* 1998, comm. n° 21, note J.-H. Robert.

44 Avec beaucoup d'incertitudes ces dernières années quant au critère d'imputation, v. Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255 ; D. 2007, p. 617s., note J.-C. Saint-Pau ; *JCP* éd. G. 2006, II, 10199, note E. Dreyer ; Cass. crim., 11 octobre 2011, n° 10-87212, D. 2011, p. 2841s., note N. Rias ; Cass. crim., 11 avril 2012, n° 10-86974, *AJ Pénal* 2012, p. 415 s., note B. Boulloc ; *Gaz. Pal.* 27-28 juillet 2012, p. 19 s., note E. Dreyer ;

En deuxième lieu, la jurisprudence remplit également un office directement notionnel en suppléant la carence du législateur, là où ce dernier a manqué de définir les mots-clés des textes répressifs. Certaines décisions ont ainsi livré au droit positif de grandes définitions, toujours au cœur des raisonnements, que l'on pense, par exemple, à la soustraction dans le vol⁴⁵, à la faute non-intentionnelle⁴⁶, au commencement d'exécution dans la tentative ou aux rapports entre la complicité et la coaction⁴⁷. Par ailleurs, la jurisprudence s'illustre par la mise en œuvre de notions à contenu variable, introduites récemment en droit positif. Dans ce cas, l'application du texte devient entièrement soumise à l'interprétation du juge. Établissant une nouvelle typologie des fautes non-intentionnelles, les fautes caractérisées⁴⁸ et de mise en danger d'autrui⁴⁹ s'inscrivent particulièrement dans cette catégorie. Dans ces deux hypothèses, la notion n'est plus alors approchée par une définition générale et abstraite mais par une appréciation casuistique, peu compatible avec la sécurité attendue de la matière⁵⁰.

En dernier lieu, la jurisprudence répressive abrite de grandes constructions qui servent de fondement à certains principes directeurs et révèlent une indéniable activité créatrice du juge pénal. Ainsi, en va-t-il de l'autonomie du droit pénal qui autorise le juge répressif à s'affranchir des définitions des concepts non directement pénaux qui sont nécessaires à l'application de telle ou telle incrimination⁵¹. Se tournant vers la procédure, le régime des nullités doit presque tout à la chambre criminelle⁵². De même, l'autorité du criminel sur le civil et l'identité entre les fautes civile et pénale, bien qu'en déclin, constituent deux principes non-écrits du droit répressif⁵³.

Cass. crim., 6 mai 2014, n° 13-82.677 et 13-81.406, *JCP* éd. G. 2014, 716, note J.-H. Robert ; Cass. crim., 15 décembre 2015, n° 13-81.586, *D.* 2016, p. 828s., note S. Détraz.

45 V. le célèbre arrêt Beaudet, Cass. crim., 18 novembre 1837, Bull. crim. n° 405 : « Il n'y a vol que lorsque la chose objet du délit passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit à l'insu et contre le gré du premier. Pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir ».

46 Cass. crim., 13 décembre 1956, *Laboube*, *D.* 1957, p. 349 s., note M. Patin : « Toute infraction, même non intentionnelle, suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ».

47 Pour une synthèse, v. J. Leroy, *op. cit.*, n° 438 s.

48 Art. 121-3 al. 4 CP, issu de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000.

49 Art. 223-1 CP, délit de risque causé à autrui.

50 Dénoncé comme une baisse de la qualité rédactionnelle des lois, v. J. Leroy, *op. cit.*, n° 178 s.

51 V. J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 259 s. ; J. Pradel et R. Vouin, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.* 1947, chron., p. 81s.

52 V. S. Portelli, C. Michalski et F. Fourment, « Les nullités de procédure », *Gaz. Pal.*, 27 et 28 juillet 2012, p. 4 s. ; A. Gallois, *Les nullités de procédure pénale*, Lextenso, 2016, n° 3 s.

53 V. J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 18^e éd., 2015, n° 1094 s.

Au plan institutionnel, l'équité subjective pose la jurisprudence pénale comme un mécanisme correcteur du juste légal, qu'il s'agisse de préciser le sens de la loi pénale ou de combler son silence. La frontière avec l'équité objective devient alors particulièrement fine. De manière plus diffuse, l'équité subjective intervient également dans le processus de décision individuelle pour affiner les ressorts de la culpabilité.

B. LE PRAGMATISME DE LA DÉCISION DE CULPABILITÉ

L'office du juge consiste à déclarer la règle de droit applicable à une situation concrète et à en faire application selon une méthode bien connue, reposant sur la qualification juridique des faits et le raisonnement syllogistique⁵⁴. Appliqué à la matière pénale, cet office aboutit à une décision de culpabilité qui sert de fondement à toute responsabilité pénale. L'élément clé du procès pénal réside dans l'établissement d'une culpabilité qui implique la recherche d'une faute, et par conséquent d'une infraction, par le juge. La responsabilité pénale est subordonnée à l'identification d'un texte d'incrimination et à la démonstration que les faits, objets de la poursuite, coïncident avec les prévisions de ce texte. Au-delà de ces principes directeurs, la décision de culpabilité résulte d'un raisonnement plus complexe qui intègre d'autres éléments plus évanescents. Au stade de la décision individuelle, admettre l'équité dans le droit, ce n'est pas seulement tolérer quelques solutions affranchies de toute règle de droit (le jugement d'équité), c'est aussi reconnaître que l'application de la règle de droit implique une part irréductible d'appréciation et de subjectivité, le plus souvent au service d'une politique juridique. Plusieurs mécanismes attestent que la décision de culpabilité ne repose pas exclusivement sur la rigueur d'un raisonnement objectif.

Tout d'abord, la pratique révèle que la culpabilité fait très souvent l'objet d'une présomption. En principe, la faute pénale suppose la démonstration de la constitution d'une infraction dans tous ses éléments, matériel et moral. Or, l'élément moral, caractérisé par la volonté d'atteindre le résultat interdit par la loi, renvoie à une donnée purement psychologique par nature difficile à établir. Pour cette raison, la volonté criminelle est fréquemment objectivée pour servir

⁵⁴ V. J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 8.

l'effectivité de la répression. La preuve de l'élément moral est alors déduite des circonstances de fait qui entourent la réalisation de l'infraction. Le cas du meurtre, qui compte parmi les infractions les plus graves de notre droit, est significatif de cette tendance. Le juge recherche des indices, tels que l'usage d'une arme ou les parties du corps visées, qui vont fonder une probabilité selon laquelle l'acte n'a pas pu être accompli avec un autre objectif que celui de donner la mort⁵⁵. Certes simple, la présomption n'en traduit pas moins une liberté prise par le juge, en dehors de toute autorisation textuelle, dans le raisonnement menant à la culpabilité dont l'origine paraît très ancienne⁵⁶. Par ailleurs, la pratique, loin d'être mineure, concerne la plupart des infractions et invite certains auteurs à dénoncer un divorce entre l'analyse théorique et la réalité du droit positif⁵⁷. On la retrouve pour les infractions générales du code pénal⁵⁸, et peut-être avec encore plus de force dans certaines branches particulières du droit pénal, au premier rang desquelles le droit pénal des affaires⁵⁹, de la consommation⁶⁰ et de l'environnement⁶¹.

Ensuite, le raisonnement peut encore être infléchi en présence d'un « syllogisme régressif » qui atteste que « le domaine effectif de l'équité déborde largement [les] hypothèses d'équité autorisée »⁶². Cette pratique se caractérise par une inversion du syllogisme et consiste à partir de la décision concrète souhaitée pour ensuite remonter à la règle de droit qui permet de la fonder. Une telle inversion du processus de décision n'est visible que pour l'observateur aguerri qui pourra, à travers l'obligation de motivation⁶³, déceler les stratégies

55 V. selon une jurisprudence constante, Cass. crim., 5 février 1957, Bull. crim. n° 110 ; cass. crim., 2 avril 1979, Bull. crim. n° 131 ou encore Cass. crim., 2 octobre 1996, Bull. crim. n° 342 ; *RSC* 1997, p. 108, obs. Y. Mayaud qui retient « une présomption sérieuse d'un fait criminel ».

56 Déjà sur ce constat sous l'empire de l'ancien code pénal, V. A. Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pénal*, vol. 3, 1887, n° 1193.

57 V. : E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 874 « Or, les magistrats refusent de procéder de la sorte. Lorsque l'imputabilité de l'acte à son auteur n'est pas contestée, ils se désintéressent de la personne pour n'envisager que l'acte et apprécier, à partir d'éléments objectifs, si cet acte révèle, ou non, une intention. Ils procèdent ainsi essentiellement par voie d'indices et de présomptions ».

58 V. par exemple : l'escroquerie (Cass. crim., 28 janvier 2015, *Dr. pénal* 2015, comm. 47, obs. M. Véron) ; les violences volontaires (Cass. crim., 21 novembre 1988, *Bull. crim.* n° 392) et le viol et les autres agressions sexuelles (ces infractions supposant d'avoir agi avec violence, contrainte, menace ou surprise).

59 Sur l'importance des présomptions de culpabilité en ce domaine, v. N.-B. DIOP, *Le soupçon en droit pénal des affaires*, Thèse Toulouse 1 Capitole, 2016, n° 92 s.

60 V. Cass. crim., 18 novembre 2014, n° 13-86.660 (tromperie et falsification).

61 V. Cass. crim., 22 mars 2016, n° 14-84.949 (exécution sans autorisation de travaux nuisibles au débit des eaux ou au milieu aquatique).

62 V. J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 9.

63 Comble du comble, la généralisation de l'exigence de motivation des décisions de justice est rattachée

de qualification et d'interprétation qui sont à l'œuvre afin de revêtir la décision d'une forme juridique.

Si l'on accepte la possibilité d'un tel procédé en matière pénale, il est permis d'en voir la trace dans les règles qui président aux concours de qualification. Une fois encore dans le but de conférer la plus grande efficacité au droit pénal, lorsqu'un même fait est susceptible d'être rattaché à plusieurs textes, le juge a tendance à autoriser le cumul des qualifications lorsque celles-ci protègent des valeurs sociales différentes et à le refuser lorsqu'un seul intérêt est en cause. Dans ce dernier cas, lorsque le choix s'impose, la jurisprudence privilégie la qualification la plus grave⁶⁴. Dans le silence des textes, la solution n'a cependant rien d'automatique et laisse le juge libre d'apprécier *in fine* la solution la plus équitable au regard des circonstances de chaque espèce.

Par ailleurs, l'inversion du syllogisme apparaît comme un moyen de contournement de la légalité criminelle à chaque fois qu'un fait, intimement répréhensible, révèle une faille du dispositif répressif et échappe objectivement à toute qualification pénale. L'interprétation jurisprudentielle révèle régulièrement certaines extensions qui sont autant d'adaptations des incriminations à l'évolution du phénomène infractionnel. Rappelant la porosité de la frontière entre l'équité subjective et l'équité objective, l'audace du juge n'est bien souvent que le premier signe de l'obsolescence d'un texte qui appellera à sa réécriture par le législateur. Les cas du « vol » d'énergie⁶⁵ et, plus récemment, du vol d'information⁶⁶ ou encore de l'application des appels téléphoniques malveillants à l'envoi de sms, fournissent des exemples topiques⁶⁷.

Enfin, il reste l'indicible, totalement hors du droit et du discours scientifique, dans lequel la décision de culpabilité ou de non-culpabilité obéirait à un strict examen de conscience. Au-delà de toute mesure, l'équité finirait par l'emporter sur la logique juridique. A moins que ce ne soit l'inverse. Comment ne pas clore cette étude sur l'un des paradoxes du droit pénal qui fait de l'intime

à l'équité procédurale imposée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme !

64 V. J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 334 s.

65 Cass. crim., 3 août 1912, DP 1913. I. 439. Désormais, l'hypothèse est consacrée à titre autonome depuis le nouveau Code pénal, v. art. 311-2 : « la soustraction frauduleuse d'énergie est assimilée au vol ».

66 D'abord avec un support matériel (Cass. crim., 8 janvier 1979, *Bull. crim.* n° 13), puis à titre autonome (Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336 ; D. 2015, p. 1466 s., note L. Saenko ; *AJ Pénal* 2015, p. 413 s., note E. Dreyer).

67 V. Cass. crim., 30 septembre 2009, n° 09-80.373. Le cas est désormais réglé depuis que la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 a modifié la lettre de l'article 222-16 CP pour inclure expressément les « envois réitérés de messages malveillants émis par la voie des communications électroniques ».

conviction le critère de jugement des infractions les plus graves, à savoir les crimes⁶⁸ ? L'article 353 du Code de procédure pénale livre ainsi l'un des plus beaux textes de notre législation, et sans doute aussi l'un des plus énigmatiques, qui exprime que l'œuvre de justice ne se conçoit pas sans un équilibre entre technique et humanité : « [...] La loi ne demande pas compte [aux juges] des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : *Avez-vous une intime conviction ?* ».

68 Intime conviction néanmoins encadrée par l'obligation de motivation minimale (la feuille de motivation de l'art. 365-1 CPP) introduite par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs.

Injusticiabilité, inconditionnalité et droit d'agir en justice

Stéphanie Mauclair, Maître de conférences à l'Université d'Orléans

Le terme d'injusticiabilité, peu employé en droit civil, est difficile à saisir. On trouve plus volontiers l'expression de justiciabilité que son antonyme. Ainsi, la justiciabilité semble pouvoir se rattacher à deux objets différents ou plutôt à un sujet de droit et à un objet de droit. D'une part, la justiciabilité désignerait la qualité de ce qui est propre à être examiné par des juges¹. La justiciabilité des droits renvoie à la possibilité pour un droit d'être soumis au contrôle du juge. Ainsi, « un droit injusticiable est un droit insusceptible d'être contrôlé par un juge et la justiciabilité des droits se définit comme la capacité des tribunaux de connaître de l'allégation de leur violation par des victimes »². D'autre part, selon Christian Atias, la justiciabilité serait déjà « la possibilité d'être jugé par une juridiction ou sous un régime »³ mais aussi « la faculté de prendre la qualité de justiciable en elle-même et quels que soient le régime à invoquer ou le juge à saisir »⁴.

¹ Ch. Atias, *Dictionnaire de la justice*, éd. L. Cadiet, PUF, 2004, article « Justiciabilité », p. 798.

² C. Nivard, « La justiciabilité des droits sociaux, Etude de droit conventionnel européen », thèse de doctorat en droit public de l'Université de Montpellier 1, dir. F. SUDRE, 2009, p. 18 s. V. également, D. Roman, « La justiciabilité des droits... », *op. cit.*, p. 4.

³ Ch. Atias, *op. cit.*, p. 798 s. V. également, L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Thémis droit, PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 37 s n°7.

⁴ *Ibid.*

La justiciabilité se décline alors tantôt du côté du juge où elle désigne ce sur quoi les juges doivent statuer. En ce sens, la justiciabilité interroge la compétence du juge, la recevabilité de l'action. Tantôt du côté du justiciable où elle s'attache à l'aptitude de la personne à prendre la qualité de justiciable. Ici, la justiciabilité renvoie au droit d'agir en justice, au droit de saisir le juge pour qu'il se prononce sur une prétention.

On le voit la justiciabilité renvoie soit à un droit susceptible d'être invoqué devant un tribunal, soit à une personne susceptible d'émettre une prétention devant ce tribunal. En résumé, l'injusticiabilité serait ainsi l'état du droit ou de l'individu qui ne peut accéder au prétoire.

Par principe, un individu dispose du droit d'accéder au juge. Ainsi, c'est dans l'arrêt *Golder c/Royaume-Uni*, du 21 février 1975 que la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée pour la première fois sur le point de savoir si les garanties d'un procès équitable prévues par l'article 6 § 1 de la Convention permettaient de reconnaître l'existence préalable d'un droit d'accès au juge⁵. La Cour considère qu'en dépit de l'absence de disposition expresse, le droit d'accès au tribunal est un élément inhérent au procès équitable. Elle se fonde notamment sur les principes généraux du droit, parmi lesquels « le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus » (§ 35).

Pour autant, il ne suffit pas que la législation d'un État prévoit un droit d'accès aux tribunaux : le justiciable doit bénéficier d'un droit effectivement assuré. La Cour européenne des droits de l'homme a souvent affirmé que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs »⁶. En conséquence, des considérations de fait ne sauraient entraver l'exercice concret d'un recours juridictionnel. Dans l'affaire *Bellet c/France* du 4 décembre 1995, la Cour européenne des droits de l'homme précise que « l'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte »⁷.

Cependant, l'effectivité du droit d'accès au juge ne suppose pas l'existence d'un droit absolu. Dans l'arrêt *Golder c/Royaume-Uni* (préc.), la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux États la possibilité de limiter l'accès au juge, dans des proportions qu'elle contrôle.

5 CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume Uni*, n° 4451/70.

6 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 24.

7 CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, n°23805/94, § 36.

C'est ainsi que la Cour a admis des limites fondées sur l'intérêt général ou encore sur le respect d'une bonne administration de la justice. Elle laisse finalement aux États une certaine marge d'appréciation, tout en vérifiant que le droit à un tribunal n'a pas été atteint dans sa substance même, que le but poursuivi par la limitation est légitime, et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁸. « Si elle reconnaît la nécessité de maintenir « une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels » (CEDH, 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*), la Cour s'assure que les restrictions apportées par les États à certains droits sont prévues par la loi, qu'elles poursuivent un but légitime et qu'elles sont nécessaires au fonctionnement d'une société démocratique »⁹

De cette approche européenne du droit d'accès au tribunal plusieurs éléments, en lien avec l'injusticiabilité, ressortent. D'une part, le principe d'une nécessaire justiciabilité des individus. Le droit d'accéder au prétoire doit être effectif. Mais, d'autre part, un tempérament est affirmé, celui de la relativité du droit d'accès. On le voit, si la justiciabilité est la règle, des dérogations peuvent néanmoins être posées. Pour autant, est-il possible de voir dans ces dérogations des sources d'injusticiabilité ?

A travers le cas du droit d'agir en justice des associations, il est permis de répondre à cette question en opérant une distinction entre l'injusticiabilité (refuser l'accès au prétoire) et la conditionnalité (poser des conditions pour y accéder). En effet, à travers ce cas, on voit apparaître un processus de justiciabilité en deux temps. D'une part, on observe le passage de l'injusticiabilité à la conditionnalité, autrement dit du refus d'accès au prétoire à son autorisation sous conditions(I) et d'autre part, on peut étudier le passage de la conditionnalité à l'injusticiabilité, soit ici le processus inverse conduisant à autoriser l'accès sous condition pour ensuite le refuser (II).

8 Par exemple, l'obligation de constituer avocat n'est pas une entrave disproportionnée au droit au juge.

9 J-P. Michel et P. Gélard, « La Cour européenne des droits de l'homme à la recherche d'un second souffle », Rapport d'information n° 705 (2011-2012) fait au nom de la commission des lois, déposé le 25 juillet 2012.

I. De la justiciabilité à la conditionnalité : L'accès conditionné au prétoire des associations

Depuis plusieurs années déjà, le législateur est venu poser un certain nombre de conditions pour permettre l'accès au prétoire des associations (A). Conditions qui sont susceptibles d'interroger la justiciabilité de ceux qui y sont soumis (B).

A. L'ADMISSION CONDITIONNÉE DU DROIT D'AGIR EN JUSTICE DES ASSOCIATIONS

Le droit d'agir en justice des associations a longtemps été controversé. Si, il est évidemment admis qu'une association puisse agir pour la défense de son intérêt personnel¹⁰ (agir par exemple en justice contre un fournisseur qui n'aurait pas livré le bon matériel), la question qui se pose est celle de leur droit d'agir pour défendre les intérêts d'autrui (intérêt individuel des membres qui la composent) ou un intérêt collectif¹¹ (intérêt général, d'une cause défendue par l'association). En effet, ces domaines d'actions ont longtemps été considérés comme relevant de la seule sphère de compétence du ministère public, les associations devenant apparemment injusticiables dans ces domaines.

Puis, le législateur comme le juge ont fait évoluer les choses en autorisant les associations à agir d'abord dans l'intérêt d'autrui puis dans l'intérêt collectif. Le législateur a ainsi consacré, expressément, sous le nom d'action « en représentation conjointe », la possibilité, pour certaines associations, légalement agréées, d'agir au nom de deux ou plusieurs victimes en réparation de préjudices individuellement causés à celles-ci par une même personne et ayant une origine commune, à la condition que l'association soit mandatée par au moins deux des victimes concernées. L'action en représentation conjointe est prévue, en faveur des associations de défense des consommateurs agréées au plan natio-

¹⁰ Sur la notion d'intérêt personnel v. notamment : L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *op. cit.*, p. 328 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Lexis Nexis, Manuel, 8^{ème} éd., 2013, p. 254, n° 356 ; S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, Hyper Cours 4^{ème} éd., 2015, p. 40 s., n° 68 s. ; E. Jeuland, *Droit processuel général*, Domat droit privé, Montchrestien, 3^{ème} éd. 2014, p. 300, n° 309 ; N. Cayrol, *Action en justice*, Répertoire de Procédure civile, Dalloz, n° 226 s.

¹¹ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *op. cit.*, p. 338 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, p. 232 s., n° 367 s. ; S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *op. cit.*, p. 43 s., n° 81 s.

nal¹². Elle existe également en faveur des associations agréées de défense des investisseurs en valeurs mobilières et en produits financiers¹³, ainsi que pour des associations agréées de protection de l'environnement (locales ou nationales), qui sont admises à agir en représentation conjointe d'au moins deux personnes physiques victimes de dommages causés par des atteintes à l'environnement et ayant une origine commune¹⁴. Ces différents textes exigent tous un mandat écrit, et limitent voire excluent la possibilité pour les associations de solliciter ce mandat. L'esprit de cette législation s'efforce de satisfaire les intérêts des personnes protégées, dont elle vise à faciliter l'accès à la justice, sans favoriser le militantisme des groupements.

Concernant l'action des associations dans l'intérêt collectif, la Cour de cassation, suivant les juges du fond, a admis que « hors habilitation législative, une association ne peut agir en justice au nom d'intérêt collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet social »¹⁵. De surcroît, des textes spéciaux, de plus en plus nombreux, sont venus, sous certaines conditions d'agrément et d'ancienneté, donner qualité à toutes sortes d'associations pour défendre de multiples valeurs collectives, et spécialement pour se porter partie civile à cet effet devant les juridictions répressives¹⁶.

Pour finir, encore plus récemment, l'action de groupe « à la française » a été introduite dans le code de la consommation par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (art. 1). Il s'agit d'une procédure de poursuite collective qui permet à des consommateurs, victimes d'un même préjudice de la part d'un professionnel, de se regrouper et d'agir en justice¹⁷. Cette action a été étendue à d'autres domaines. L'article 184 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, de modernisation de notre système de santé, a mis en place une action de groupe en matière de santé dont les modalités de mise en œuvre sont précisées par le décret n° 2016-1249 du 26 septembre 2016. Les associations d'usagers du

12 Articles L. 422-1 et suivants du code de la consommation.

13 Articles L. 452-2 et suivants du Code monétaire et financier.

14 Articles L. 142-1 et suivants du code de l'environnement.

15 V. Cass. civ. 1^{ère} 2 mai 2001, n° 99-10709, Bull I, n° 114 ; Cass. crim. 9 novembre 2010, n° 09-88272, D. 2010, 2707, obs. S. Lavric ; JCP. 2010, 1174 note C. Cutajar ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 septembre 2008, n° 06-22038, D. 2008, AJ 2347, obs. X. Delpech, JCP. 2008, II 10220 note N. Dupont (à propos d'association de consommateur non habilitée mais recevable à agir pour des actions exercées dans l'intérêt collectif).

16 Article 2-1 et suivants du code de procédure pénale.

17 L'action de groupe est codifiée aux articles L623-1 et suivants du code de la consommation. Ses conditions et modalités d'exercice sont fixées dans le décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 et commentées par la circulaire du 26 septembre 2014 du ministère de la justice.

système de santé agréées peuvent tenter des actions de groupe pour des dommages causés par des produits de santé. Enfin, la loi « Justice du XXI^e siècle » adoptée le 12 octobre 2016 a créé un cadre général à l'action de groupe qui est décliné dans les matières suivantes : discrimination, environnement, santé et protection des données à caractère personnel.

B. LA JUSTICIABILITÉ DES ASSOCIATIONS

On le voit l'évolution de la législation a permis aux associations d'accéder aux prétoires tant pour défendre des intérêts personnels que pour défendre les intérêts de tiers. Les associations sont réellement devenues justiciables. Toutefois, la justiciabilité si elle est bien effective et générale n'est pas absolue, le législateur ayant posé des conditions d'action, statut social, agrément ou encore représentativité, le plus souvent pour la préservation de l'intérêt général. Ainsi, on comprend notamment que la condition de la représentativité soit essentielle pour justifier le droit d'agir en justice des associations pour un intérêt qui relève de l'ensemble de la collectivité et non pas seulement de ses membres (défense de la religion catholique, du droit des femmes...). Pour autant, ces conditions ne remettent pas en cause la justiciabilité. A y regarder de plus près, il existe, en effet, une distinction à opérer entre injusticiabilité et conditionnalité. Lorsque le législateur pose des conditions pour accéder au juge (Intérêt à agir, qualité pour agir...) ce n'est pas une situation d'injusticiabilité, mais plutôt une restriction du droit d'agir en justice en raison de considération d'intérêt général ou privé. C'est ainsi que lorsque le législateur prévoit que seuls les époux victimes peuvent agir en justice pour demander la nullité du mariage pour le vice du consentement qu'ils ont subi, la condition posée par le législateur tenant à la qualité pour agir, se justifie pour des raisons d'intérêt privé. Il en est de même lorsque le législateur a prévu que pour pouvoir agir en justice, il faut un intérêt né, actuel et personnel. Poser une condition à l'action est parfaitement légitime. La régulation de l'accès au prétoire est nécessaire et même un enjeu indéniable au regard de l'engorgement des tribunaux. C'est donc bien ici de conditionnalité plus que d'injusticiabilité dont il est question.

Néanmoins, il arrive que ce ne soit plus le législateur mais le juge qui freine voire qui bloque l'action en justice des associations. Or, dans ce cas, la question

peut de nouveau se poser de savoir si la condition posée par le juge est source d'injusticiabilité.

II. De la conditionnalité à l'injusticiabilité : L'accès refusé des associations au prétoire

Il arrive parfois que la conditionnalité dérive en injusticiabilité parce que sa légitimité est en cause (A). Un tel phénomène interroge en amont la question de la source de l'injusticiabilité comme de la conditionnalité (B).

A. LA CONDITIONNALITÉ ILLÉGITIME : NAISSANCE D'UNE INJUSTICIABILITÉ

Récemment, plusieurs décisions de justice ont mis à mal le droit d'accès au prétoire des associations. Dans quatre arrêts rendus le 16 mars 2016, les juges ont eu à traiter de la question de l'intervention volontaire¹⁸ d'associations dans des procédures d'adoptions¹⁹. Dans les quatre espèces, deux femmes se sont mariées et l'une d'elles a donné naissance à un enfant. Son épouse a alors déposé une requête aux fins d'adoption plénière de l'enfant. Sa demande ayant été rejetée, elle a interjeté appel du jugement. Devant la cour d'appel, une association (ou deux selon l'affaire) est intervenue volontairement. Dans toutes les affaires, la cour d'appel a déclaré irrecevable l'intervention volontaire. Elle fait notamment état de ce que l'intérêt collectif défendu par l'association n'était pas légitime au regard de la nature de l'affaire relative à l'état d'un enfant, instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public.

Dans l'une des décisions²⁰, l'association qui forme un pourvoi s'appuie sur un moyen à cinq branches. D'abord, l'association soutient avoir formulé une

¹⁸ L'intervention volontaire est celle dont un tiers prend l'initiative lui-même pour s'associer à une instance pendante. Aux termes de l'article 328 du code de procédure civile, l'intervention volontaire est principale ou accessoire. En outre, l'intervention est une demande incidente (article 63 et s. du code de procédure civile) et, à ce titre, répond aux critères d'intérêt à agir, de lien suffisant avec la prétention originaire, de qualité et de capacité. V. Ferrand, *Appel*, Répertoire de procédure civile, Dalloz n° 606 s. ; Ph. Hoonakker, « Intervention », Dalloz action, *Droit et pratique de la procédure civile*, éd. S. Guinchard, chap. 312

¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2016, n° 15-10576, n° 15-577, n° 15-578, n° 15-579.

²⁰ Décision n° 15-10577.

demande en intervention volontaire principale. Ensuite, de manière subsidiaire, elle relève que si l'action est considérée comme accessoire, alors son intervention devrait être admise quand bien même l'intervenant ne justifierait pas d'un intérêt direct inséparable de celui de l'une des parties. En effet, la cour d'appel en exigeant qu'elle ait un intérêt direct et inséparable de celui de l'une des autres parties a violé plusieurs dispositions de la loi. De surcroît, l'association affirme que l'intervention volontaire est recevable lorsqu'elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant, or, la cour en exigeant un lien de connexité entre l'association et l'une des parties à l'instance en cours a violé l'article 325 du code de procédure civile. En outre, l'association rappelle que justifie d'un intérêt direct l'association qui agit dans la défense des intérêts collectifs dont elle a la charge au regard de son objet social. En l'espèce, l'association a pour objet de « conduire et développer une action d'intérêt général à caractère familial et social centrée autour de la défense de l'intérêt des enfants nés, à naître ou à venir et pour la protection de l'enfance sous quelque forme que ce soit. Dès lors, en disant l'association irrecevable au motif que l'intérêt collectif défendu n'est pas légitime au regard de la nature de l'affaire relative à l'état d'un enfant, la cour a violé les articles 66, 325, 328 et 554 du code de procédure civile, ensemble les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Enfin, elle rappelle que l'intervention d'un tiers est recevable même en matière d'adoption du moment que ce tiers justifie d'un intérêt à intervenir et qu'elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant. La cour en déclarant l'association irrecevable à intervenir au motif de l'absence d'un intérêt légitime, ajoute ainsi une condition de recevabilité que la loi ne contient pas.

Dans les quatre affaires, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par les associations. Elle constate que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé que cette association, qui n'invoquait aucun autre intérêt que la défense des intérêts collectifs dont elle se prévalait, ne justifiait pas d'un intérêt légitime à intervenir dans une procédure d'adoption ».

En l'espèce, les associations entendaient justement intervenir dans l'instance déjà en cours pour défendre les droits de l'enfant tel que leur objet social le prévoit.

Dans ces affaires, le problème est de savoir si une association dont l'objet social est la défense de l'intérêt des enfants peut intervenir dans une instance concernant une demande d'adoption.

Pour comprendre l'affaire il faut rappeler que l'article 330 du code de procédure civile définit l'intervention accessoire comme celle « qui appuie les prétentions d'une partie ». Il n'y a donc ici aucune prétention propre à l'intervenant qui se « contente » d'apporter son soutien à l'une des parties à la procédure. L'intervention accessoire, pour être recevable, doit elle aussi se rattacher aux prétentions des parties par un lien suffisant (art. 325 du code de procédure civile). En outre, si l'intervenant n'a pas à justifier de la capacité et du pouvoir de disposer du droit litigieux, il doit en revanche justifier d'un intérêt à agir. L'article 330 alinéa 2 du code de procédure civile dispose ainsi que l'intervention est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie²¹. Il s'agit ici des conditions posées par le législateur pour encadrer ce droit d'agir en justice par la voie de l'intervention.

Or, par son arrêt la Cour vient rajouter une condition à celle prévue par la loi. Il ne suffirait pas de démontrer que l'intérêt de l'association existe du fait que son objet social réside bien dans la défense des valeurs en cause dans l'instance, il faudrait en outre attester d'un autre intérêt qualifié de légitime qui soit directement lié à l'instance en cours ici la procédure d'adoption. En somme, l'existence d'un intérêt collectif entrant dans l'objet social de l'association ne sera plus le seul élément pour apprécier de l'intérêt à intervenir dans une instance.

Il semblerait que la distinction opérée par les juges entre ce qui relève de l'intérêt légitime et ce qui serait illégitimité tient à la nature de l'affaire. Il apparaîtrait en effet que, l'état des personnes de par sa nature privée devrait faire l'objet d'un traitement particulier à l'instance notamment lorsque la procédure peut se dérouler à huis clos et être débattue en chambre du conseil²². On peut déduire de cette règle dérogatoire que le traitement particulier de cette procédure opérée par le législateur révélerait son caractère éminemment privé. Ce qui justifierait pour les juges de refuser toute immixtion d'un tiers reconnue comme illégitime.

En définitive, il ressort de cette jurisprudence que les associations se voient refuser l'accès au prétoire qui leur était pourtant ouvert par le législateur, du

²¹ V. Ferrand, « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz n°606 s ; Ph. Hoonakker, « Intervention », Dalloz action, *Droit et pratique de la procédure civile*, éd. S. Guinchard, chap. 312.

²² Selon, l'article 1170 du code de procédure civile les procédures d'adoption ont lieu à huis clos et sont débattues en chambre du conseil. Cette règle ne concerne que les demandes aux fins d'adoption et de révocation d'adoption.

fait d'une condition posée par le juge : celle de l'intérêt légitime. S'agit-il alors toujours d'une simple question de conditionnalité, d'encadrement nécessaire de l'accès à la justice ou a-t-on subtilement dérivé vers de l'injusticiabilité ?

B. LA SOURCE DE L'INJUSTICIABILITÉ

Ces affaires posent plus particulièrement la question de la source de l'injusticiabilité. A partir du moment où ce n'est pas le législateur mais le juge qui pose une condition à l'action sommes-nous toujours dans de la conditionnalité ? Est-il justifié qu'une personne se voit refuser l'accès au tribunal alors qu'elle pensait légitimement y avoir sa place ? La conditionnalité, ici, a-t-elle dérivé vers de l'injusticiabilité ? Tout dépend en réalité du point de départ retenu pour envisager une situation d'injusticiabilité. C'est la source de la condition qui est ici déterminante. Si l'on admet la légitimité du juge à restreindre le droit d'agir en justice, alors il s'agit bien de conditionnalité. En revanche, si la source de la condition n'est pas « légitime », alors il s'agirait plutôt d'injusticiabilité. Or, il paraît difficile d'admettre qu'une condition à l'action puisse être posée en cours d'instance par le juge et qu'elle s'applique immédiatement à l'instance en cours. Les justiciables vont de ce fait se retrouver face à un refus d'accéder au prétoire alors même qu'ils ne pouvaient pas l'envisager au moment où ils ont démarré l'action. L'absence de prévisibilité est alors pour eux une réelle source d'injusticiabilité. Bien que l'on puisse cerner les raisons de cette limitation, il ne paraît pas justifié que la condition nouvelle à l'action puisse être applicable à des parties déjà engagées dans un processus judiciaire. La conditionnalité est ici réellement source d'injusticiabilité.

Pour aller plus loin, si ces affaires, comme on l'a vu, permettent d'interroger la source de l'injusticiabilité, elles autorisent également à avancer des hypothèses quant au fondement de l'injusticiabilité. Il semble, en effet, que, bien souvent, c'est le caractère intime, le droit au respect de la vie privée qui remettent en cause la justiciabilité, c'est le cas ici où c'est la nature privée de l'affaire qui a poussé les juges à rejeter la demande des associations. Il est d'ailleurs possible dans d'autres domaines de mettre à l'épreuve cette théorie. Une situation d'injusticiabilité se révèle par exemple en droit de la famille face aux accouchements sous X. Il se trouve que le secret de la mère sur son identité lors de l'accouchement, a pour effet de rendre le père injusticiable. Dans les deux

mois de l'accouchement, l'enfant peut être placé en vue de l'adoption. À partir de ce moment-là, Il ne pourra pas agir en justice pour faire reconnaître sa paternité sur l'enfant²³. Dès lors, le secret comme la légitimité de la source se révèlent être des éléments déterminants pour apprécier la justiciabilité ou non d'un individu.

²³ À partir de ce moment-là, aucune revendication par les pères biologiques ne semble possible au regard des dispositions de l'article 352 du Code civil. D'une part, le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. D'autre part, il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance.

Le devoir de secret du banquier : source d'injusticiabilité en droit bancaire ?

Sandie Lacroix-De Sousa, Maître de conférences à l'Université d'Orléans

Rouage essentiel de l'économie, le banquier pénètre les secrets de la clientèle. Il collecte, archive, transmet les informations à caractère monétaire ou non que ses clients lui confient. Il connaît les numéros de compte, les écritures en débit et en crédit, le libellé des opérations, les soldes mais encore l'identité du titulaire du compte, ses mandataires, ses cautions ou l'existence de prêts. Rapidement, la protection des informations bancaires s'est imposée dans tous les pays comme une évidente nécessité. On relève que, déjà dans le Code d'Hammourabi, il était gravé que « le banquier se doit de bénéficier de la confiance de ses concitoyens »¹. Or, une telle confiance implique nécessairement la discrétion du professionnel. Dans une recommandation datant du XV^{ème} siècle, il est conseillé aux banquiers d'éviter de « mettre les membres de sa famille, à commencer par sa femme » dans le secret des affaires et le banquier est invité à « se construire une demeure d'où rien ne transpire au dehors de ce qui se fait à l'intérieur »². Progressivement, la discrétion devient une véritable obligation légale et au cours du XX^{ème} siècle, le secret bancaire est expressément consacré par les lé-

¹ J. Gaudemet et E. Chevreau, *Les institutions de l'Antiquité*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2014, p. 33.

² Recommandation de Léon Battista Alberti citée par R. Farhat, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*, LGDJ, 1980, p. 19.

gislations de la plupart des États. Historiquement, la Confédération helvétique fut l'un des premiers pays à le reconnaître par l'article 47 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne. En droit français, bien que le secret bancaire soit unanimement reconnu par la doctrine³ et visé par les juges⁴, il faut attendre la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit pour que le principe soit légalisé. Aujourd'hui, mis en balance avec l'impératif de transparence, le droit au secret bancaire occupe régulièrement le devant de la scène. Que l'on songe à l'accord sur la transparence fiscale entre l'Union européenne et la Suisse⁵, à la controverse relative à la directive européenne sur la protection des secrets d'affaires⁶, ou encore aux très médiatiques affaires liées aux fuites d'informations bancaires comme le scandale des *LuxLeaks*⁷ ou celui des *Panama Papers*⁸.

Rouage indispensable de la justice, le juge dispose en principe du pouvoir d'ordonner à chacun de produire tout document qu'il estime utile à la « manifestation de la vérité ». Aux termes de l'article 10 alinéa 1^{er} du Code civil : « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Comme on a pu utilement le souligner, « la vérité ainsi visée par le Code civil n'est pas une vérité, ni La vérité mais la vérité judiciaire, c'est-à-dire inscrite dans un processus judiciaire »⁹. Ce devoir de collaboration constituerait même un véritable principe directeur du procès¹⁰. Les termes sont d'acception large et « chacun » signifie que l'article 10 du Code civil n'est pas restreint à une catégorie particulière de personnes ou d'informations. Il ne s'agit pas ici d'une règle procédurale mais plutôt « d'une obligation à la fois morale, civique et juridique qui découle directement du contrat social et témoigne

3 A. Sacker, *Du secret professionnel du banquier*, thèse Paris, 1933 ; P. Guphe, « Le secret professionnel du banquier en droit français et en droit comparé », *RTD com.* 1948, p. 20.

4 T. Corr. Pau, 23 oct. 1963, Banque 1964, p. 117, obs. X. Marin ; T. Corr. Lure, 4 novembre 1970, D. 1971, p. 276, note Ch. Gavalda.

5 L. Rguib, « Echange automatique des données financières entre États, vers la fin de la fraude fiscale internationale ? », *Revue Banque* 2016, n° 798, p. 62.

6 Directive 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ; J. Lapousterle, « Les secrets d'affaires, du serpent de mer au J.O. », *D.* 2016, p. 1072 ; J. Raynard, « Les secrets d'affaires de l'entreprise : à propos de la proposition de directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées », *Mélanges M. Germain*, Lextenso, 2015, p. 713.

7 G. Duchange, « Le droit commun des alertes professionnelles », *JCP S* 2016, n° 24, p. 17.

8 A. Pando, « Focus sur le parquet national financier », *LPA* 8 juillet 2016, p. 4.

9 G. Dalbignat-Deharo, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, 2004.

10 G. Cornu, « Les principes directeurs du procès par eux-mêmes, fragments d'un état des questions », *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83.

de l'attachement de l'individu à son appartenance au groupe et aux règles tendant à assurer la paix sociale »¹¹. L'article 10 du Code civil pose une règle de fond assurant à chacun la participation de tous à la justice. Nul ne peut faire obstacle à la mission de justice en retenant les informations dont il est détenteur. La généralité de cette disposition se renforce par ailleurs de dispositions ponctuelles d'application assurant sa transposition dans le cadre de situations plus spécifiques. L'article 11 du Code de procédure civile vient de la sorte assurer l'efficacité de l'obligation dans le cadre du procès civil : « les parties sont tenues d'apporter leurs concours aux mesures d'instruction [...] le juge peut ordonner la production de tous documents détenus par des tiers ».

À l'évidence, il existe une apparente contradiction entre, d'une part, le devoir de secret qui impose au banquier de taire certaines informations pour protéger son client et, d'autre part, le devoir de collaboration qui commande au banquier de divulguer au juge les informations bancaires dans un souci de vérité judiciaire voire d'intérêt général. Certains évoquent à juste titre l'existence d'un « conflit d'intérêts »¹² entre droit individuel au secret et besoin collectif de transparence¹³, ou encore une savante articulation entre « droit au secret » et « droit de savoir »¹⁴. En pratique, le juge qui, pour faire œuvre de justice, doit pouvoir accéder aux informations nécessaires à la solution du litige peut-il se voir opposer le secret bancaire par le banquier ? Si elle existe, cette opposabilité du secret bancaire au juge ne révèle-t-elle pas une situation d'injusticiabilité ?

Sur le plan grammatical, le terme d'injusticiabilité résonne comme un parangon des dérivés complexes de la langue française. Du radical ou plutôt de l'étymon « *jus* » (justice) auquel est ajouté le préfixe « in- » qui indique le contraire et le suffixe « -abilité » qui exprime la capacité, le terme renvoie à « l'impossibilité pour un requérant d'obtenir justice c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige »¹⁵. Absente des dictionnaires généraux et juridiques, la notion d'injusticiabilité – que ces journées d'études fran-

11 N. Hoffschir, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, 2016, n° 63.

12 R. Saint-Alary, « Rapport sur le secret des affaires en droit français », *Le secret et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant*, vol. 25, 1975, Dalloz, p. 266.

13 C. Kleiner, « Les droits de l'Homme et le secret bancaire : opposition ou subsumption ? », *JDI* 2014, p. 1181.

14 « Le territoire du secret n'apparaît pas comme un continent mais comme un archipel battu par les flots de la transparence qui effritent impitoyablement les rivages les plus fragiles » (P. Catala, « Rapport de synthèse, Le secret, Dossier spécial », *Dr. et patrimoine* mars 2002, n° 102, p. 90).

15 P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités en droit public interne », *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, éd. P. Serrand et P. Szwedo, Mare et Martin, 2014, p. 106.

co-polonaises permettent de mieux appréhender – traduit une situation qui place le juge dans l'impossibilité d'assurer sa fonction de dire le droit. Lorsqu'il est opposé par le banquier aux juridictions, le secret bancaire n'empêche-t-il pas le juge de constater un fait dont pourrait dépendre la solution d'un litige ? Partant, le secret bancaire ne place-t-il pas le juge dans l'impossibilité de se prononcer sur un litige ?

A l'analyse, il n'apparaît pas possible d'affirmer de manière générale et absolue que le devoir de secret du banquier empêche le juge de juger. Manifestement, le secret bancaire revêt une force à géométrie variable et il ne s'oppose pas de manière identique et définitive à toutes les juridictions. Si la situation d'injusticiabilité est avérée lorsque le secret bancaire est opposé au juge civil (I), elle apparaît en revanche comme une injusticiabilité modérée lorsque l'on envisage les nombreuses hypothèses légales d'inopposabilité du secret bancaire au juge civil, au juge pénal ou au juge commercial (II).

I. Le devoir de secret du banquier à l'origine d'une injusticiabilité avérée

Alors que la loi prévoit expressément que le banquier ne peut opposer le secret professionnel au juge pénal¹⁶, elle ne fait pas profiter le juge civil de cette dérogation. On en déduit traditionnellement qu'un établissement de crédit peut valablement refuser de divulguer des informations aux juridictions civiles. Bien que juridiquement fondée (A), cette opposabilité du secret bancaire au juge civil constitue un frein incontestable à la mise en cause de la responsabilité bancaire (B).

A. UNE INJUSTICIABILITÉ JURIDIQUEMENT FONDÉE

Par la nature et la diversité de ses activités, le banquier est amené à prendre connaissance d'informations nombreuses et variées dont la révélation peut être utile au cours d'un litige. Légalement consacré (1), le secret bancaire est consi-

¹⁶ Art. L. 511-33 I alinéa 2 du Code monétaire et financier : « outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé [...] à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ».

déré comme un « motif » ou un « empêchement légitime » justifiant que l'établissement de crédit refuse d'apporter son concours à la justice en divulguant ces renseignements (2).

1. *Le secret bancaire légalement consacré*

Il n'existe pas en droit français de principe général de protection du secret des affaires. Certains doutent même qu'il s'agisse d'une véritable notion juridique, dénonçant une « expression à résonnance balzacienne »¹⁷ ou « un serpent de mer dont tout le monde parle mais qui n'existe pas »¹⁸. En réalité, le droit reconnaît certains secrets dans le domaine des affaires à l'instar de l'obligation du banquier au secret professionnel. Consacré à l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, le secret bancaire soumet à une obligation de confidentialité tout membre d'un conseil d'administration (ou d'un directoire), tout membre d'un conseil de surveillance et d'une manière générale « toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ». Le banquier ne doit donc en principe livrer à personne les informations qu'il détient, hormis à son client, bénéficiaire du secret¹⁹. À défaut de respecter cette obligation légale, l'établissement de crédit s'expose à une action en responsabilité civile pour le préjudice qu'il cause ainsi qu'à une action en responsabilité pénale pour délit de violation du secret professionnel²⁰ ou divulgation d'informations nominatives susceptibles de porter atteinte à la réputation ou à la considération des personnes²¹. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut également prononcer à son égard une sanction disciplinaire²².

Le banquier n'est toutefois pas astreint à une obligation générale de se taire ; il doit seulement protéger les informations confidentielles. Bien sûr, l'absence

17 Ch. Gavalda, « Le secret des affaires », *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 263.

18 Y. Paclot, « Les diverses facettes du secret des affaires », *Dr. et patrimoine* mars 2002, p. 71.

19 Parfois, certaines informations le concernant ne peuvent être transmises au bénéficiaire lui-même comme les renseignements contenus dans le Fichier National des Incidents de remboursement des Crédits aux Particuliers (F.I.C.P.) qui recense notamment les informations relatives aux situations de surendettement, article L. 751-1 du Code de la consommation.

20 Art. L. 571-4 du Code monétaire et financier et 226-13 du Code pénal.

21 CA Rennes, 13 janvier 1992, *D.* 1993, somm. 54, obs. M. Vasseur ; *JCP E* 1993, II, 432, note Ch. Gavalda.

22 Art. L. 612-1 II 3° et L. 612-39 du Code monétaire et financier. Une série de sanctions disciplinaires pouvant être prononcées contre la banque fautive sont énumérées par cette dernière disposition : avertissement, blâme, interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, suspension temporaire d'un ou de plusieurs dirigeants avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire, retrait partiel d'agrément, retrait total d'agrément ou encore radiation.

de définition légale de l'information confidentielle a nourri de vifs débats en doctrine²³ comme en jurisprudence²⁴. Il est néanmoins unanimement admis que revêtent un tel caractère les informations dont le banquier a eu connaissance au titre de sa profession et qui sont suffisamment précises comme les informations chiffrées²⁵. Le banquier ne peut ainsi révéler le montant d'un virement, le montant d'un solde débiteur ou encore les détails d'une opération financière. Il ne peut pas non plus communiquer sur la situation médicale de ses clients²⁶. En revanche, il peut donner des appréciations générales sur la situation économique d'un client en se fondant sur « l'opinion commune de la place »²⁷ et indiquer par exemple que les échéances sont difficiles, que les paiements sont irréguliers ou que la prudence est conseillée²⁸.

2. *Le secret bancaire, motif ou empêchement légitime de collaboration à la justice*

Bien que la loi confère un pouvoir étendu au juge en matière de production d'éléments de preuve, elle prévoit également des limites traduisant la recherche d'un équilibre entre la nécessité de découvrir la vérité pour l'administration d'une bonne justice et les intérêts fondamentaux qui peuvent s'y opposer. Ces limites s'expriment par la reconnaissance de « motifs légitimes » ou « empêchements légitimes » qui autorisent à ne pas coopérer spontanément à la preuve des faits. De la sorte, si l'article 10 alinéa 1^{er} du Code civil consacre le devoir de collaborer à la manifestation de la vérité, l'alinéa 2 précise « celui qui sans motif légitime se soustrait à cette obligation [...] peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile ». De la même manière, l'article 11 alinéa 2 du Code de procédure civile indique que « le juge peut à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, [...] la production de tous documents

23 J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, PUAM, 2006 n° 328 ; F.-J. Crédot, « Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », *LPA* 17 février 1993, p. 8 ; Th. Bonneau, « Communication de pièces et secret bancaire », *Rev. droit bancaire et bourse* 1995, p. 94.

24 CA Angers, 16 juill. 2013, *LEDB* oct. 2013, p. 4, n° 128, obs. J. Lasserre Capdeville ; CA Poitiers, 2 nov. 2005, *BICC* 2006, n° 1334 ; C.A. Versailles, 23 mars 1994, *D.* 1994, somm., p. 328, obs. M. Vasseur ; C.A. Paris, 6 févr. 1975, *D.* 1975, p. 318, note J. Vézian.

25 Cass. com. 21 févr. 2012, *LEDB* avr. 2012, p. 3, obs. J. Lasserre Capdeville.

26 Cass. civ. 2^{ème}, 2 juin 2005, *Gaz. Pal.* 31 mars 2006, n° 90, p. 34, note M. Périet.

27 J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire, Approches nationale et internationale*, Revue Banque édition, 2013, p. 33.

28 Cass. com. 18 sept. 2007, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 195 : les établissements de crédit ne peuvent fournir « des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité ».

détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ». L'existence d'un « motif légitime » ou d'un « empêchement légitime » justifie ainsi un refus de coopération à la justice et partant constitue une limite à l'efficacité de la justice²⁹.

A plusieurs reprises, les juges ont pu reconnaître que le secret bancaire constituait en matière civile un « motif légitime » ou un « empêchement légitime » dispensant le banquier d'apporter son concours à la justice. Dans une décision remarquable rendue par la chambre commerciale le 13 juin 1995, la Cour de cassation affirme ainsi que « le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime opposable au juge civil »³⁰. Dans une autre décision du 25 février 2003, elle retient que « le pouvoir du juge civil d'ordonner à une partie ou à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité est limité par l'existence d'un motif légitime tenant au secret professionnel »³¹. On observe ici que la Cour de cassation fait coexister pour une même acception les notions de « motif légitime » et d'« empêchement légitime », alors que certains avaient pu soutenir que le secret bancaire s'analysait uniquement comme « un empêchement légitime »³². Quelle que soit la qualification retenue, le secret bancaire constitue dans tous les cas un outil efficace autorisant le banquier à ne pas coopérer avec la justice pour établir la vérité. L'intérêt supérieur de la justice exprimé par l'article 10 du Code civil et l'article 11 du Code de procédure civile ne limite pas la portée du secret bancaire en matière civile.

B. UNE INJUSTICIABILITÉ JUDICIAIREMENT CONSTATÉE

Confortant régulièrement la force du devoir de secret du banquier, la jurisprudence fournit plusieurs exemples d'opposabilité du secret bancaire au juge civil, que l'établissement de crédit soit tiers à l'instance ou qu'il soit partie à celle-ci

29 M.-A. Frison-Roche, Le secret professionnel, *LPA* 20 juin 2001, numéro spécial, actes du colloque du 22 novembre 2000 organisé par la conférence des bâtonniers, p. 9.

30 Cass. com. 13 juin 1995, *JCP E*, I, 525, n° 7, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; *RTD com.* 1995, 93, obs. M. Cabrillac ; *Rev. droit bancaire et bourse* 1995, 145, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *Banque*, n° 563, oct. 1995, 93, obs. Guillot.

31 Cass. com. 25 févr. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 477, note J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 27 juin 2004, n° 179, p. 19.

32 J.-J. Daigre, *La production forcée de pièces dans le procès civil*, Publ. Faculté de droit de Poitiers, 1979, p. 226, spé. p. 230.

(1). Censé préserver les intérêts du client, le secret bancaire aboutit en pratique à protéger les intérêts du banquier dont la responsabilité est mise en cause devant les juridictions civiles (2).

1. *L'opposabilité du secret bancaire au juge civil affichée*

Nombreux sont les exemples jurisprudentiels illustrant l'obligation de confidentialité qui pèse sur les établissements de crédit. Il leur est par exemple interdit de communiquer à une caisse d'assurance l'identité des titulaires d'une procuration sur le compte d'une personne décédée³³ ou encore de délivrer une photocopie du verso d'un chèque car y figure notamment le numéro de compte³⁴. Le banquier ne doit pas non plus communiquer le dossier de crédit d'une entreprise au commissaire à l'exécution du plan³⁵ ou révéler les coordonnées du bénéficiaire d'un virement³⁶. La Cour de cassation confirme fréquemment son attachement au secret bancaire lorsque l'établissement de crédit est tiers à l'instance. Le secret s'impose-t-il avec la même vigueur lorsque le banquier est partie au procès et que sa responsabilité est mise en cause ?

Il est admis depuis longtemps que si une action en responsabilité contre le banquier est engagée par le bénéficiaire du secret, le banquier ne peut invoquer son obligation de confidentialité pour refuser de communiquer les documents demandés³⁷. La demande de communication qui n'est pas dirigée contre la banque en sa qualité de tiers confident mais en celle de partie au procès, intenté contre elle par le bénéficiaire du secret bancaire, doit donc être satisfaite. En revanche, lorsque le demandeur à l'instance n'est pas le bénéficiaire du secret, le secret bancaire constitue bien un empêchement légitime opposable au juge civil : « bien qu'ayant la qualité de partie au litige, la banque est fondée à opposer le secret professionnel pour refuser la communication sollicitée »³⁸. En d'autres termes, le banquier dont la responsabilité est mise en cause peut valablement se

33 Cass. com. 25 févr. 2003, *RTD com.* 2003, p. 343, note D. Legeais ; *RTD civ.* 2003, p. 477, obs. J. Hauser, *Banque et droit* mai-juin 2003, p. 56, obs. Th. Bonneau.

34 Cass. com. 8 juillet 2003, *RTD com.* 2003, p. 783, obs. M. Cabrillac ; Cass. com. 13 juin 1995, *Rev. droit bancaire et bourse* 1995, p. 145, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard, *JCP E* 1996, I, 525, n° 6, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

35 Cass. com. 10 décembre 2002, *RTD com.* 2003, 147, obs. D. Legeais ; M.-A. Lafortune, « Le secret professionnel du banquier, Avis de l'avocat général », *LPA* 17 déc. 2002, p. 10.

36 Cass. com. 21 févr. 2012, *Banque et Droit* mai-juin 2012, 20, obs. Th. Bonneau.

37 Cass. com. 19 juin 1990, *Rev. droit bancaire et bourse* 1991, p. 197, note F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *D.* 1992, somm. 32, obs. M. Vasseur.

38 Cass. com. 23 janv. 2007, *Banque et droit* mai-juin 2007, p. 38, note Th. Bonneau ; *JCP E* 2007, p. 38, obs. A. Salgueiro.

retrancher derrière son obligation de confidentialité pour refuser de communiquer des documents qui pourraient lui être opposés.

Cette solution a par exemple été appliquée dans une espèce où, afin d'établir la mauvaise foi du banquier cessionnaire Dailly, le juge civil exigeait la production de documents concernant les relations de la banque avec la société cédante et notamment la convention de compte et le bordereau de cession. La chambre commerciale de la Cour de cassation indique clairement que « le pouvoir du juge civil d'ordonner à une partie de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité est limité par l'existence d'un motif légitime tenant au secret professionnel »³⁹. A l'occasion d'une action en responsabilité intentée par un syndicat de copropriétaires tendant à faire supporter le coût de l'achèvement d'une construction à la banque, il a également été jugé que l'établissement de crédit ne pouvait être contraint par le juge civil à communiquer les documents permettant de vérifier que les fonds prêtés au promoteur avaient été mis à disposition conformément aux engagements souscrits⁴⁰. Plus récemment, dans une affaire où une banque accusait un concurrent d'avoir désorganisé son activité en débauchant un grand nombre de ses salariés, la Cour de cassation a encore jugé que « l'empêchement légitime résultant du secret bancaire ne cesse pas du seul fait que l'établissement financier est partie à un procès, dès lors que son contradicteur n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a pas lui-même renoncé »⁴¹. Le juge des référés ne pouvait donc ordonner ni la mise sous séquestre des outils de communication mis à la disposition des anciens salariés, ni la saisie d'autres documents et fichiers détenus par la banque.

2. L'opposabilité du secret bancaire au juge civil critiquée

En l'absence du consentement du titulaire du compte, la banque n'est pas autorisée à communiquer de renseignements ou de documents relatifs à l'ouverture, au fonctionnement ou à la fermeture du compte et ce, qu'elle soit ou non partie au procès. Bien que fondée juridiquement, la solution conduit en pratique à rendre particulièrement délicate la recherche de la responsabilité de l'établis-

39 Cass. com. 13 nov. 2003, *Banque et Droit*, mars-avril 2004, p. 57, note Th. Bonneau ; *JCP E* 2004, 736, obs. J. Stoufflet ; *Rev. droit bancaire et bourse* 2004, p. 242, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

40 Cass. com. 25 janv. 2005, *Banque et droit*, mai-juin 2005, p. 70, note Th. Bonneau ; *JCP E* 2005, p. 1971, obs. A. Salgueiro.

41 Cass. com. 10 février 2015, *Banque et droit*, mai-juin 2015, p. 31, note Th. Bonneau ; *D.* 2015, p. 959, note J. Lasserre Capdeville.

sement de crédit. Les tiers à la convention de crédit sont effectivement dans l'impossibilité de connaître l'utilisation par le titulaire du compte des sommes prêtées. Concrètement, il devient quasi-impossible pour un créancier de rechercher une responsabilité fondée sur un défaut de surveillance des sommes prêtées. Le secret bancaire apparaît alors comme un moyen de défense efficace à la disposition du banquier, rendant plus difficile encore la preuve de sa ou de ses fautes. Initialement fondé sur la seule protection des intérêts du client, le secret bancaire préserve alors ceux de la banque et s'impose comme un frein redoutable à la mise en cause de la responsabilité bancaire.

A l'évidence, il y a une confrontation entre d'une part, le droit de la preuve en justice qui donne au juge civil le pouvoir d'ordonner la production des pièces détenues et susceptibles de déterminer la solution du litige et d'autre part, le régime légal du secret professionnel qui pour un établissement de crédit est un motif légitime de refus d'exécuter l'obligation d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. A l'analyse, ce droit juridique à la preuve – qui découle nécessairement du droit d'accès au juge – cède devant les exigences du secret bancaire. Là se trouve une situation manifeste d'injusticiabilité, conséquence de l'application d'une règle juridique. Le juge civil est empêché dans sa fonction de juger en raison de l'application de la règle d'opposabilité du secret bancaire. Juridiquement fondée et judiciairement appliquée, cette solution n'en demeure pas moins socialement contestable. Elle est par ailleurs d'autant plus critiquée depuis la profonde crise systémique de 2008⁴² qui a lourdement entamé la confiance envers les établissements de crédit et a marqué corrélativement le début d'une « crise structurelle du secret bancaire »⁴³.

II. Le devoir de secret du banquier à l'origine d'une injusticiabilité modérée

Depuis quelques années, les exceptions au secret bancaire tendent à se multiplier au nom de la préservation de l'intérêt général. Parmi les causes de cette inflation, figurent bien sûr le renforcement du contrôle des autorités administratives sur les établissements de crédit, le contrôle exercé sur les clients ou en-

⁴² V. Catillon, *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, LGDJ, 2011, n° 88.

⁴³ Y. Genier, *La fin du secret bancaire*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2014, p. 61.

core la coopération entre les différentes autorités financières pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ainsi, le secret professionnel ne peut être opposé ni à la Banque de France⁴⁴, ni à l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution⁴⁵, ni à l'Autorité des Marchés Financiers⁴⁶, ni à l'administration des douanes⁴⁷, ni à l'administration fiscale⁴⁸. Il est également des circonstances où le secret bancaire ne peut être opposé au juge civil. Dès lors, la portée de l'injusticiabilité issue de l'opposabilité du devoir de secret du banquier au juge civil ne doit pas être surestimée. Cette situation d'injusticiabilité connaît des limites en matière civile (A) et demeure en tout état de cause circonscrite à la seule matière civile (B).

A. UNE INJUSTICIABILITÉ LIMITÉE EN MATIÈRE CIVILE

L'injusticiabilité tirée de l'opposabilité du secret bancaire au juge civil apparaît comme une injusticiabilité relative au regard des exceptions à l'opposabilité pouvant émaner du client lui-même (1) ou du législateur (2).

1. La renonciation au secret bancaire

Le client, bénéficiaire du secret, demeure libre de délier l'établissement de crédit de son obligation de confidentialité. Il est en ce sens « le maître du secret »⁴⁹ et, pour filer la métaphore, le « maître de l'injusticiabilité » puisqu'il dispose du pouvoir de mettre un terme à cette situation de non justice en autorisant le juge civil à accéder aux informations protégées. Cette possibilité de renoncer au secret bancaire se comprend parfaitement au regard de ses origines ; le secret bancaire a initialement été institué comme socle de la relation de confiance unissant le client à son banquier. Cette possibilité de renonciation au secret bancaire a même reçu une consécration législative avec la loi du 4 août 2008. L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier prévoit désormais que les établissements de crédit peuvent communiquer des informations couvertes par le secret professionnel au cas par cas et lorsque « les personnes concernées leur

44 Art. L. 511-33 I alinéa 2 du Code monétaire et financier.

45 Art. L. 511-33 I alinéa 2 du Code monétaire et financier.

46 Art. L. 621-9-3 du Code monétaire et financier.

47 Art. 65, 1° du Code des douanes.

48 Art. 83 du Livre des procédures fiscales.

49 J. Lasserre Capdeville, *Le secret bancaire, Approches nationale et internationale*, op. cit., p. 3.

ont expressément permis de le faire »⁵⁰. Cette renonciation peut être totale ou partielle, qu'il s'agisse des informations pour lesquelles le secret est levé ou des personnes concernées. Le recours au mandat est par ailleurs possible. Dans ce cas, le mandataire peut accéder à certaines informations de nature confidentielle concernant le mandant et le banquier ne peut alors apprécier l'opportunité de la dispense pour son client car il s'agit là d'un pouvoir unilatéral de disposition⁵¹.

2. *Les exceptions à l'opposabilité du secret bancaire au juge civil*

Dans certaines situations limitativement énumérées, le législateur autorise le juge civil à accéder à des informations normalement couvertes par le secret bancaire sans avoir à obtenir l'autorisation du client bénéficiaire du secret. Pour la défense d'intérêts privés, parfois différents de ceux de la personne bénéficiaire du secret bancaire, le législateur accepte de lever la protection des informations confidentielles. La situation d'injusticiabilité est alors annihilée par le législateur lui-même. En matière de divorce, l'article 259-3 du Code civil alinéa 2 prévoit ainsi que les époux sont tenus de communiquer au juge tous les renseignements utiles pour fixer les prestations, les pensions et pour liquider le régime matrimonial : « le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé ». Cette disposition demeure d'interprétation stricte et ne saurait être étendue aux concubins⁵². En matière de surendettement des particuliers, l'article L. 733-14 du Code de la consommation indique également que « nonobstant toute disposition contraire, le juge peut obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation financière du débiteur et l'évolution possible de celle-ci ». Certes, cette disposition ne vise pas expressément les établissements de crédit mais il est traditionnellement admis qu'elle leur est applicable car aucune corporation n'est précisément citée⁵³.

⁵⁰ CE 30 déc. 2009, *Gaz. Pal.* 2010, p. 896, note J. Lasserre Capdeville. Antérieurement à ce texte, la jurisprudence reconnaissait déjà cette solution, qu'elle entendait d'ailleurs encore plus largement, puisqu'elle admettait la demande tacite de l'intéressé Cass. com. 11 avr. 1995, *Rev. droit bancaire et bourse* 1995, n° 49, p. 94, note Th. Bonneau.

⁵¹ Cass. com. 25 févr. 2003, préc.

⁵² CA Paris, 31 mars 1992, *Rev. droit bancaire et bourse* 1995, p. 146, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

⁵³ R. Routier, *Obligations et responsabilités des banquiers*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2011, n° 512-22 ; J. Lasserre Capdeville n°138 et s.

B. UNE INJUSTICIABILITÉ LIMITÉE À LA MATIÈRE CIVILE

Si le juge civil peut se trouver dans l'impossibilité de juger en raison du secret bancaire, le législateur exclut que le juge pénal (1) ou que le juge commercial (2) soient empêchés, de la même manière, dans leur mission de dire le droit.

1. *L'inopposabilité du secret bancaire au juge pénal*

Il arrive que les établissements de crédit soient en relation d'affaires avec des auteurs de vols, d'abus de confiance ou encore de blanchiment. Dans le souci d'une bonne administration de la justice et de préservation de l'intérêt général, le législateur a conféré au juge pénal des pouvoirs particulièrement étendus. Il peut ainsi se faire communiquer tous les renseignements qu'il estime utiles à la manifestation de la vérité quand bien même ces informations seraient couvertes par le secret bancaire. L'article L. 511-33 alinéa 2 du Code monétaire et financier prévoit expressément une levée du secret bancaire en faveur de « l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale ». Antérieurement à la loi bancaire du 24 janvier 1984 à l'origine de cette disposition, la doctrine⁵⁴ comme la jurisprudence⁵⁵ avaient pu se prononcer favorablement face à cette levée du secret professionnel du banquier en matière pénale. Le secret bancaire ne peut donc être opposé aux procureurs⁵⁶, aux juges d'instruction ou encore aux magistrats appelés à trancher le litige. Cette solution s'impose par ailleurs tant à l'égard des juridictions pénales de droit commun, qu'à l'égard des juridictions pénales d'exceptions⁵⁷. Il convient néanmoins d'observer qu'elle vise bien l'hypothèse où une procédure pénale est engagée et qu'elle ne fonde pas une obligation générale de dénonciation à la charge de l'établissement de crédit⁵⁸.

2. *L'inopposabilité du secret bancaire au juge commercial*

Plusieurs exceptions au secret bancaire peuvent également être constatées en droit des entreprises en difficulté, matière qui touche à des enjeux d'intérêt pu-

54 A. Sakker, *Du secret professionnel du banquier*, op. cit., p. 34.

55 T. corr. Pau 23 octobre 1963, *Banque* 1964, p. 117, obs. X. Martin ; T. corr. Lure, 4 nov. 1970, *D.* 1971, p. 276, note Ch. Gavalda.

56 Art. 132-22 Code pénal ; Cass. crim. 24 oct. 2001, n° 00-86440.

57 Cass. crim. 27 févr. 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 152 ; T. corr. Tarbes, 7 oct. 1997, *JCPE* 2009, p. 760, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

58 J. Lasserre Capdeville, « Secret bancaire et obligation de dénonciation du banquier en droit français et suisse », *RSC* 2005, p. 231.

blic comme le maintien de l'activité économique et de l'emploi⁵⁹. Concernant la procédure de conciliation, il est prévu que le président du tribunal peut charger un expert d'établir un rapport sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur et, « nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire », obtenir des établissements bancaires tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation de celui-ci⁶⁰. En matière de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, le juge-commissaire jouit également d'une dérogation légale à l'exigence du secret bancaire. Chargé de « veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence », le juge-commissaire doit s'informer auprès des différents organes de la procédure. Il peut ainsi obtenir communication par les établissements de crédit de tous renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation financière et patrimoniale de l'entreprise « nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire »⁶¹.

En conclusion, dans le maillage complexe du secret bancaire coexistent des zones visibles de justiciabilité où l'inopposabilité du secret bancaire est clairement affichée au nom de la protection de l'intérêt général et des zones d'ombre d'injusticiabilité où l'opposabilité du secret bancaire est admise en raison de la préservation d'intérêts seulement privés. Parce que ne serait en cause que la protection de la personne visée par les informations confidentielles, le législateur comme la jurisprudence acceptent que le juge civil soit empêché dans sa fonction de juger. Ne pouvant accéder aux éléments de preuve lui permettant d'établir la vérité judiciaire, le juge civil se trouve alors dans l'impossibilité de faire œuvre de justice et donc d'assurer une mission d'intérêt général. Bien qu'avérée, cette situation d'injusticiabilité en droit bancaire voit néanmoins son périmètre formellement dessiné. Il s'agit en ce sens d'une injusticiabilité limitée puisque, par exception, le juge civil pourra accéder aux informations protégées et que le législateur exclut que d'autres autorités judiciaires soient confrontées de la même manière au devoir de secret du banquier.

59 *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général*, Hommage à L. Boy, éd. E. Balate, J. Drexler, S. Menetrey et H. Ullrich, PUAM, 2016.

60 Art. L. 611-6 du Code de commerce.

61 Art. L. 623-2 du Code de commerce.

L'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur

Dariusz Piatek, Docteur en droit, Enseignant-chercheur
à l'Université Bretagne-Sud, membre du laboratoire Lab-LEX

Les exceptions aux droits de l'auteur sont des « dérogations faisant échapper à l'autorisation des auteurs certaines utilisations »¹ et paralysant l'exercice normal des droits subjectifs du titulaire des droits d'auteur². Constamment confrontées aux défis du monde numérique, elles sont aujourd'hui au cœur du débat sur l'avenir du droit d'auteur qui, sans elles, serait aveugle. La prise en compte de la liberté d'expression des utilisateurs, l'intérêt public, le besoin social d'avoir libre accès aux œuvres de l'esprit dans certaines circonstances particulières, l'existence des failles du marché concurrentiel, tous ces éléments justifient la consécration des exceptions qui, comme le souligne la doctrine, jouent « comme des instruments essentiels dans la réalisation d'un équilibre entre les intérêts des auteurs et l'intérêt public dans le régime du droit d'auteur »³.

Si les exceptions ainsi définies sont des piliers de la philosophie moderne du droit d'auteur, les débats houleux sur leur nature juridique partagent toujours

¹ J. Vincent, *Droit des arts visuels, Contrats d'auteurs*, Lamy, Wolters Kluwer France, 2010, p. 39.

² D. Piatek, *La crise des exceptions en droit d'auteur. Etude paradigmatique*, LGDJ, 2017, p. 10.

³ S. Dussolier et Y. Pouillet, *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique*, Centre de Recherches Informatique et Droit Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, 2000, Étude réalisée pour UNESCO, document consultable sur : unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123894fo.pdf, référence consultée le 25 octobre 2017.

la doctrine française du droit d'auteur. Véritables droits subjectifs, prolongements du « droit du public à l'information »⁴ pour les uns, simples servitudes supportées par le titulaire dans l'intérêt d'autrui pour les autres⁵, les exceptions aux droits de l'auteur sont des normes difficiles à classer dans les catégories habituelles. Le chaos conceptuel les entourant n'étonne guère et cela pour des raisons tenant à la nature même de l'exception en droit.

L'exception est en effet un mécanisme juridique étrange. En amputant à la règle de droit « un effet qui, sans elle, aurait été inévitable »⁶ l'exception s'oppose à la norme. A partir du moment où le droit objectif l'internalise, elle devient une véritable anomalie juridique, une norme dont le seul objectif consiste à s'écarter de ce qui est normal. En même temps, de manière paradoxale, l'exception se situe également à l'intérieur du champ de ce qui est normal⁷.

Ainsi, comme le fait remarquer un auteur, « s'il existe une norme qui veut que l'on ôte son chapeau devant une dame, alors sera exceptionnel le comportement qui consistera à ne pas ôter ledit couvre-chef dans la circonstance en question. Mais cet acte exceptionnel peut tout à fait être récupéré par la norme s'il existe dans le système normatif de la politesse une règle particulière qui prévoit des cas dans lesquels il est autorisé de déroger de façon limitée à la règle présentée comme générale »⁸. Cette dialectique des perspectives nous montre que, tout en s'opposant à ce qui est « normal », l'exception devient une partie du système juridique qui est censé tracer des lignes de conduite normale. Elle est, en elle-même, une règle de droit à finalité particulière.

Si l'exception est une règle, internalisée par le droit objectif, séparant le juste de l'injuste, elle est potentiellement justiciable comme le sont les autres règles de droit. A cet égard, pour en revenir aux exceptions aux droits de l'auteur, rien ne s'oppose à ce que celles-ci puissent être invoquées par les justiciables, afin d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige. La formulation impérative de l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle semble imposer une telle solution. Ainsi, la liste fermée des exceptions que dresse ce

4 V., sur ce point : C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé*, Litec, 2004.

5 P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF, 2015, p. 346.

6 P. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information » », *RTD Com.*, 2003, pp. 87-108, spéc. p. 102.

7 J.-C. Le Coustumer, « La norme et l'exception. Réflexions sur les rapports du droit avec la réalité », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 6, 2007, p. 19-28, spéc. p. 19.

8 *Ibid.*

texte fondamental est précédée par une phrase introductive, « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire ». Eu égard à la fermeté apparente de cette formule, on pourrait logiquement s'attendre à la justiciabilité des litiges nés en cas d'entrave posée par le titulaire à l'exercice par le public des exceptions aux droits de l'auteur, par exemple par le recours abusif aux mesures techniques de protection. Ces dernières sont susceptibles de rendre techniquement impossible l'exercice de certaines exceptions et notamment celle de copie privée.

Malgré cet *a priori*, la pratique jurisprudentielle française, soutenue par la doctrine du droit d'auteur, a rendu les exceptions injusticiables (I). Cette injusticiabilité entraîne des conséquences néfastes, allant jusqu'à la remise en question du sens de la consécration des exceptions aux droits de l'auteur (II).

I. La reconnaissance de l'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur

Eu égard à leur justification et leur fonctionnement, l'emploi des mesures techniques de protection s'oppose, de manière évidente, à l'exercice des exceptions aux droits de l'auteur et plus particulièrement de celles supposant la reproduction de l'intégralité ou d'une partie de l'œuvre⁹. Ce conflit de deux logiques opposées fait naître des interrogations quant à la réaction du système du droit d'auteur, prévoyant la légalité des mesures techniques de protection, en cas de paralysie de l'exercice effectif des dérogations prévues par le même corps de règles. C'est la question de la justiciabilité des exceptions aux droits de l'auteur qui se pose. Les règles instaurant la légalité de la copie privée, de la citation littéraire, des représentations privées etc..., sont-elles des règles invocables devant le juge, permettant à leur bénéficiaires d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige les opposant aux titulaires des droits d'auteurs munis des mesures techniques de protection ?

Aujourd'hui, la réponse à cette question est négative et l'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur qui en résulte trouve son origine dans le contentieux relatif aux mesures techniques de protection. Celui-ci, né sur le

⁹ Dans ce sens, T. Maillard, « La réception des mesures techniques de protection des œuvres en droit français : Commentaire du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », *Légipresse*, n° 208, II, 2004, p. 8-15, spéc. p. 12.

terrain du droit de la consommation (A), a progressivement envahi le domaine du droit d'auteur et de ses exceptions (B).

A. LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION ET LE DROIT DE LA CONSOMMATION

Confrontés aux acquis de la révolution numérique, les titulaires des droits peuvent, avant que se pose la question d'intenter une action en contrefaçon, rendre l'accès à leurs œuvres physiquement impossible. Une telle pratique fait naître, entre leurs mains, le contrôle quasi-absolu sur les processus de reproduction et de représentation de celles-ci. À une époque où la technologie numérique rend faciles la reproduction et la représentation sans autorisation des titulaires, le recours à la technique de verrouillage physique des œuvres peut apparaître comme une solution simple et efficace pour revendiquer les droits privatifs menacés par l'avènement des nouvelles technologies.

Transposant la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (dite directive Société de l'information)¹⁰, le droit français légalise le recours aux mesures techniques permettant d'« empêcher ou (de) limiter les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur d'une œuvre, autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme »¹¹. Les verrous techniques limitant les utilisations non autorisées sont d'autant plus intéressants que la loi met en place, dans les articles L. 335-3-1 et L.335-3-2 du Code de la propriété intellectuelle, un dispositif incriminant toute tentative de leur contournement.

À première vue, la loi consacre donc la prééminence des mesures techniques de protection qui, outre leur légalisation expresse, jouissent d'une protection pénale contre leur neutralisation. Malgré la clarté desdites règles, les verrous numériques n'ont pas échappé aux différentes attaques des consommateurs, invoquant les règles du droit de la consommation. Parmi celles-ci figurent, en premier lieu, les règles relatives à la garantie contre les vices cachés. Ainsi,

¹⁰ JOCE, L. 167, 22 juin 2001, pp. 10-19.

¹¹ Art. L. 331-5, al. 1 du Code de la propriété intellectuelle, nous précisons.

l'impossibilité de copier l'exemplaire, légalement acquis, d'une œuvre, ou bien la gêne occasionnée pour la lecture de celui-ci par les mesures techniques de protection, dont la présence n'a pas été portée à la connaissance de l'acheteur, peuvent, *a priori*, être assimilées à des « défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus »¹² et, de ce fait, mobiliser la responsabilité pour vice caché.

Telle était la ligne d'attaque d'une consommatrice qui, après avoir acheté un disque CD d'Alain Souchon, « J'veux du live », n'était pas en mesure, en raison de la présence des mesures anti-copie, de le lire sur le poste autoradio de son véhicule, alors que le support était parfaitement lisible sur d'autres appareils. Le vendeur du disque ainsi que l'éditeur furent assignés *in solidum*, sur le fondement de la garantie des vices cachés, en restitution du prix de la marchandise et en réparation du préjudice subi par la consommatrice. Le TGI de Nanterre¹³ a accueilli l'action réhabilitative du demandeur en retenant que l'anomalie de lecture constituait en effet un vice caché restreignant l'utilisation du disque.

Les mesures techniques de protection dont le fonctionnement rend les supports illisibles sur certains appareils ont également été attaquées, sur le plan pénal, sous l'angle de la responsabilité pour défaut d'information constitutif d'une tromperie. Un litige similaire à celui qui a donné lieu à la solution condamnant les titulaires des droits sur la base de la garantie des vices cachés a conduit le même TGI de Nanterre¹⁴ à considérer que le « fait que le consommateur ne puisse écouter un CD sur un autoradio ou un lecteur caractérise l'incapacité à l'emploi du produit », et cela en présence, sur la pochette du disque, d'une mention « Ce CD contient un dispositif technique limitant les possibilités de copie », peut, sous réserve de certaines conditions relatives à l'élément intentionnel du délit, engager la responsabilité pour tromperie.

Certes, dans les décisions évoquées, la déception des consommateurs ne résultait pas d'une entrave posée par les titulaires à l'exercice des exceptions, mais plutôt de l'impossibilité d'utiliser « normalement » des exemplaires des

¹² Art. 1641 du Code civil.

¹³ TGI Nanterre, 2 sept. 2003, *D.* 2003, p. 2824, obs. Ch. Le Stanc, *PI*, n° 9, oct. 2003, p. 389 obs. P. Sirinelli ; *ibid.*, p. 464, obs. J.-M. Brugiere, M. Vivant.

¹⁴ TGI Nanterre, 24 juin 2003, *D.* 2003, p. 2824, note Ch. Le Stanc ; *CCE*, 2003, comm. 86, note P. Stoffel-Munck ; confirmé en appel par Versailles 30 sept. 2004, *CCE*, 2004, comm. 163, note L. Grynbaum.

œuvres légalement acquis¹⁵. Ceci étant dit, comme le souligne P. Sirinelli à l'occasion de son commentaire du jugement du TGI de Nanterre du 2 septembre 2003, « ce litige est révélateur d'un mal plus profond que la simple colère d'une consommatrice déçue »¹⁶. Ces jugements, parmi les premiers à traiter du recours des titulaires aux mesures techniques de protection, ont amorcé toute une « aventure juridictionnelle » pendant laquelle le juge judiciaire a été amené à prendre position dans un grand conflit émergeant, celui entre les exceptions aux droits d'auteur et les mesures techniques de protection¹⁷. Bien évidemment, « ce qui est vrai sur la faculté d'écoute du CD, vaut aussi pour la faculté de copie pouvant être considérée comme un usage essentiel aux yeux du consommateur »¹⁸, et cela malgré une vérité évidente, mise en avant par les auteurs attachés à la vision traditionnelle du droit d'auteur français, selon laquelle « l'on achète l'enregistrement d'une œuvre pour prendre connaissance de celle-ci et pas pour la reproduire »¹⁹. Dans cette optique, il n'a pas fallu attendre longtemps pour que les mesures techniques de protection soient attaquées, devant les juridictions judiciaires, sous l'angle de la sauvegarde des exceptions. À cet égard il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire *Mulholland Drive*.

B. LES MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION ET LES EXCEPTIONS AUX DROITS DE L'AUTEUR

Le contentieux des mesures techniques de protection ayant directement conduit à l'affirmation de l'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur est né autour de l'impossibilité de reproduction d'un disque DVD du film *Mulholland Drive*, dans le cadre de l'exception pour copie privée. Un consommateur, privé de la possibilité de reproduction par l'effet des mesures techniques de protection, assigna le producteur et le distributeur du disque, en invoquant notamment « le droit à la copie privée », instauré selon lui par l'article L. 122-5 du Code de la

¹⁵ P. Sirinelli, obs. sous TGI Nanterre 2 sept. 2003, précitées. Dans le même sens, C. Chabert, note sous Versailles, 15 avril 2005, *CCE*, 2005, comm. 173.

¹⁶ P. Sirinelli, *loc. cit.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ C. Chabert, note sous Versailles, 15 avril 2005, *CCE*, 2005, comm. 173.

¹⁹ F. Pollaud-Dulian, « Les rapports de l'exception de copie privée avec les mesures techniques de protection », *RTD Com.*, 2004, p. 486.

propriété intellectuelle. Outre la réparation du préjudice subi individuellement par l'acquéreur du disque, il a été naturellement demandé au juge d'ordonner l'interdiction de distribution de l'œuvre *Mulholland Drive* protégée par une mesure technique incompatible avec le prétendu « droit à la copie privée ». Pour répondre à ces arguments, le TGI de Paris²⁰ a d'abord observé que « le législateur n'a pas [...] entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre mais a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe [...] au monopole détenu par les auteurs ». Ce rappel fait écho à une opinion de la doctrine majoritaire, selon laquelle l'exception aux droits de l'auteur n'est pas assimilable au droit subjectif des utilisateurs²¹. Ensuite, pour rejeter les demandes du consommateur, le juge s'est servi de la règle dite du « test en trois étapes », inscrite dans l'article 9-2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques et transposée par la directive Société de l'information ainsi que par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle. Selon cette règle, les exceptions aux droits de l'auteur ne sont applicables que lorsqu'elles se limitent à certains cas spéciaux, ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne causent pas un préjudice injustifié au titulaire des droits. D'après le TGI de Paris dans l'affaire *Mulholland Drive*, l'exercice de l'exception de copie privée porterait en l'espèce une atteinte nécessairement grave à l'exploitation normale de l'œuvre.

L'avis conservateur du TGI de Paris n'ayant pas été partagé par les juges d'appel²², le litige a atteint la Cour de cassation qui, au bout d'une longue saga jurisprudentielle²³ posa un principe exprimant l'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur. Il a été ainsi jugé que « la copie privée ne constitue pas un droit mais une exception légale au principe prohibant toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur, la cour d'appel [...] statuant après cassation [...] en

20 TGI Paris, 30 avr. 2004, *RTD Com.* 2004, p. 488, obs. F. Pollaud-Dulian ; *CCE*, 2004, comm. 85, obs. C. Caron ; *Légipresse* 2004, III, n° 214, note M. Vivant et G. Vercken, *JCP E*, n° 30, 22 juillet 2004, 1101, note T. Maillard ; *JCP G* 2004, II, 10135, note C. Geiger.

21 Sur ce point v. *supra*, II.

22 Paris, 22 avr. 2005, *RTD Com.*, 2006, p. 102, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.*, 2005, p. 1573, note C. Castets-Renard ; *CCE*, 2005, comm. 98, note C. Caron ; *JCP G.*, 2005.II.10126, note C. GEIGER.

23 Cass 1^{re} civ., 28 févr. 2006, *Bull. I*, n° 126, *RTD Com.*, 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD Com.*, p. 386, obs. P. Gaudrat ; *JCP G*, 2006.II.10084, note A. Lucas ; *D.*, 2006, p. 784, obs. J. Daleau ; *CCE*, 2006, comm. 56, note C. Caron ; *Légipresse*, n° 231, III, 2006, p. 71, note V.-L. Benabou ; *PI*, n° 19, avr. 2006, p. 179, obs. A. Lucas ; *RLDI*, n° 15, avr. 2006, p. 37, note D. Melison ; Paris, 4 avr. 2007, *D.*, 2007, p. 1209, obs. J. Daleau ; *CCE*, 2007, comm. 68, note C. Caron, *D.*, 2007, p. 1991, obs. C. Le Stanc.

a justement déduit qu'une telle copie, si elle pouvait être opposée pour défendre à une action, notamment en contrefaçon, dès lors que les conditions légales en seraient remplies, ne pouvait être invoquée au soutien d'une action formée à titre principal ; qu'elle ne pouvait en conséquence que déclarer M. X... irrecevable à agir par voie d'action principale, faute pour celui-ci de pouvoir se prévaloir d'un intérêt légitime juridiquement protégé »²⁴.

Il résulte de ce célèbre arrêt de principe que le bénéficiaire d'une exception légale ne peut pas s'en prévaloir au soutien d'une action à titre principal. Cette dernière est nécessairement irrecevable. L'absence d'intérêt à agir justifiant l'irrecevabilité d'une action principale fondée sur une exception aux droits de l'auteur s'explique, quant à elle, par la non-assimilation des exceptions aux droits subjectifs des utilisateurs. Voici donc un cas d'injusticiabilité interne, à savoir tenant à la nature du litige. Aux yeux du juge de la Cour régulatrice, un différend né autour d'une entrave posée à l'exercice effectif d'une exception aux droits de l'auteur par le titulaire recourant aux mesures techniques de protection est intrinsèquement injusticiable. La manifestation de cette injusticiabilité prend forme d'une irrecevabilité. Sa cause profonde réside dans l'absence d'un intérêt légitime à agir, elle-même due au refus de la qualité de titulaire d'un droit subjectif à la partie demanderesse. Il découle de ce raisonnement, mené par le juge de la Cour de cassation, que la question de la justiciabilité des exceptions aux droits de l'auteur est réductible au débat sur la nature des prérogatives qu'elles confèrent à leurs bénéficiaires. En lisant *a contrario* la solution *Mulholland Drive*, on se rend compte que si l'exception aux droits de l'auteur était en mesure de conférer au public des droits subjectifs, elle serait devenue justiciable car elle aurait muni son bénéficiaire d'un intérêt légitime à agir.

Une telle construction intellectuelle complexe est critiquable, dans la mesure où la question de la justiciabilité des exceptions aux droits de l'auteur n'est pas synonyme de la présence ou de l'absence des droits subjectifs de l'utilisateur. Dire le contraire risque de provoquer des conséquences néfastes remettant en question la normativité des exceptions et le sens même de leur consécration au sein du système du droit d'auteur.

24 Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, *Bull.* I, n° 177, *RTD Com.*, 2008, p. 551, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.*, 2008, p. 1824, obs. J. Daleau ; *CCE*, 2008, comm. 102, note C. Caron ; *RLDI*, n° 40, juill. 2008, p. 14, obs. L. Costes.

II. Les conséquences néfastes de l'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur

La spécificité du fonctionnement des exceptions aux droits de l'auteur fait que leur injusticiabilité, déduite uniquement de leur dissociation des droits subjectifs des utilisateurs, les prive de tout contenu normatif. Faisant d'elles des constructions juridiques étranges, n'étant ni de véritables normes, ni des simples situations de fait (A) le juge semble oublier qu'il peut y avoir de la justiciabilité même en dehors de la sphère des droits subjectifs. Les exceptions aux droits de l'auteur, même dissociées des droits subjectifs devraient être justiciables et cela au risque de nier leur raison d'être en tant que normes consacrées par le droit objectif (B).

A. L'INJUSTICIABILITÉ DES EXCEPTIONS LES PLAÇANT ENTRE LE DROIT ET LE FAIT

L'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur, articulée par la Cour de cassation, est un phénomène inquiétant dans la mesure où elle risque de priver les exceptions de leur contenu normatif. Pour s'en convaincre, il convient de s'attarder encore une fois sur la définition et sur la fonction des exceptions en droit.

Les exceptions, comme nous l'avons déjà signalé²⁵, sont avant tout des dérogations, à savoir des cas soustraits à l'application normale de la règle de droit²⁶. Le besoin de créer des dérogations repose sur un devoir d'adapter la norme générale au fait particulier, de limiter la portée de la règle en considération de la réalité extra-normative. Il est évident que le droit n'est pas « l'art pour l'art » mais un instrument au service d'une fin²⁷. Il est avant tout un moyen d'organisation sociale dont la finalité ultime consiste à la coexistence pacifique de ses

²⁵ *Infra*, Introduction.

²⁶ G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 10^e éd., PUF, 2014, p. 428.

²⁷ J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruylant, Sirey, 1935, p. 16 ; « Une règle juridique se présente à l'analyse rationnelle comme un aménagement de moyens plus ou moins ingénieusement imaginés pour atteindre une fin, qui est de modifier, ou au contraire de consolider une certaine situation de fait, d'atteindre un résultat que l'on souhaite ou d'éviter un effet que l'on redoute » (L. Husson, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974, p. 347).

membres, la promotion et la protection des valeurs collectives²⁸. Dans cette optique les règles juridiques sont toujours des impératifs hypothétiques²⁹, des modalités déontiques qui, à la différence des modalités ontiques, permettent d'établir une distinction entre acceptable et inacceptable³⁰. Leur application doit tenir compte de nombreux facteurs, tels que la réalité factuelle ou la morale, et faire référence aux concepts les englobant, par exemple l'effectivité ou la légitimité.

Au demeurant, il se peut que la réalité sociale dépasse l'essence de la norme, que l'on ressente un besoin d'atténuer l'absolutisme de la règle de droit, en considération des données métajuridiques. Ce sentiment se trouve à la base de recours aux différentes techniques de dérogation. Parmi celles-ci, les théoriciens de droit distinguent quatre concepts voisins : le caractère supplétif de la règle de droit, la dispense, l'exception, et la tolérance. La mise à l'écart de la règle supplétive est un mécanisme bien connu qui consiste à écarter, par la voie conventionnelle, l'application d'une règle de droit qui, sans volonté contraire des parties, jouit d'une certaine « présomption d'acceptation »³¹. La dispense est une technique permettant à une autorité publique de prendre une décision écartant le jeu d'une règle de droit à l'égard d'une personne déterminée³². L'exception, la plus puissante des dérogations, prend la forme d'une norme dérogatoire, à portée générale, faisant concurrence à la règle de principe³³. Qu'il s'agisse de la mise à l'écart de la règle supplétive, de la dispense ou de l'exception, ces dérogations sont des mécanismes normatifs en ce qu'elles sont internalisées par le droit objectif et dotées de leur propre force obligatoire, indépendante de celle des règles auxquelles elles dérogent. Cette normativité est en revanche absente dans le cas de la tolérance.

La notion de tolérance, employée dans le contexte des techniques dérogatoires, ne désigne pas la tolérance au sens sociologique, lockéen, entendue comme « l'acceptation par le groupe dominant de la « liberté d'errer » du groupe minoritaire »³⁴. La tolérance ainsi conçue est un état d'esprit, une vertu plutôt

28 Ch. Grzegorzcyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982, p. 266.

29 Ch. Leben, « Impératif juridique, dérogation et dispense quelques observations », *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* n° 25, La dispense, PUF, 1997, p. 33-45, spéc. p. 39.

30 I. Pariente-Butterlin, *Le droit, la norme et le réel*, PUF, 2005, p. 60.

31 G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 397.

32 P. Thery, « La dispense en droit privé », *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 25, 1997, p. 59-71, spéc. p. 61-63.

33 D. Piatek, *op. cit.*, pp. 24-25.

34 E. Decaux, « De la tolérance en droit international », in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage*

qu'un comportement doté d'une forme juridique. Elle peut guider les rédacteurs des lois et permettre la coexistence et l'épanouissement de différentes convictions religieuses ou politiques et plus généralement, de différents comportements sociaux³⁵. Toutefois, puisqu'elle ne se rapporte à aucune règle concrète du droit en vigueur, elle ne peut pas être considérée comme une dérogation. Il ne s'agit pas non plus de la « tolérance normative » qu'aborde C. Groulier dans ses travaux consacrés aux normes permissives. Le mot « tolérance », écrit-il, englobe parfois les facultés implicites nées des vides juridiques. De l'absence de toute norme prohibitive ou injonctive dans un domaine donné peuvent naître des tolérances – les émanations de la norme permissive générale selon laquelle tout ce qui n'est pas interdit est permis³⁶. La tolérance, conçue comme un mécanisme dérogatoire, désigne tout simplement le silence et l'inertie de celui qui pourrait agir juridiquement en se prévalant d'une règle de droit, mais qui, pour une raison ou une autre (négligence, clémence, considérations de nature économique), s'en abstient³⁷. Toujours révoquant, la tolérance ainsi définie ne traduit aucun devoir juridique. Elle se situe en dehors du droit³⁸ et s'apparente à un comportement purement factuel.

Pour en revenir aux exceptions aux droits de l'auteur, on voit bien qu'en déclarant leur injusticiabilité, le juge transforme profondément la nature de ces dérogations. Conçues comme des normes dérogatoires à portée générale et annoncées par le biais d'une formule impérative « lorsque l'œuvre a été divulguée l'auteur ne peut interdire », les exceptions paralysées par les mesures techniques de protection perdent une grande partie de leur normativité et semblent se transformer en tolérances.

Le titulaire recourant aux mesures techniques de protection qui empêchent l'exercice des exceptions ne fait que profiter d'une option qui lui a été offerte par la législation légalisant et organisant la protection de ces verrous techniques. *A contrario*, le titulaire qui décide de ne pas y recourir se comporte exactement comme le tolérant, à savoir une personne pouvant agir juridiquement mais préférant s'en abstenir³⁹. Si on ajoute à cela le caractère injusticiable des

au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. 1, Bruylant 2004, p. 623.

35 L. Tallineau, « Les tolérances administratives », *AJDA*, janvier 1978, p. 3-38, spéc. p. 4.

36 C. Groulier, *Norme permissive et le droit public*, Thèse, Limoges, 2006, p. 129-132.

37 L. Tallineau, *op. cit.*, p. 3.

38 J. Mourgeon, « Tolérance et règle de droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 30, n° 4, 1989, p. 979-986, spéc. p. 981.

39 D. Piatek, *op. cit.*, p. 177.

exceptions, à savoir l'impossibilité pour leur bénéficiaire d'obtenir le règlement judiciaire d'un litige né dans le contexte de l'utilisation des mesures techniques, on se rend compte que les exceptions aux droits de l'auteur sont en réalité des constructions hybrides, défiant la distinction traditionnelle entre *sein* et *sollen*. Elles sont *a priori* normatives, car inscrites dans le droit objectif et possédant l'aspect extérieur des règles de droit. Toutefois, parce qu'elles ont été déclarées injusticiables, leur pérennité repose entièrement sur une certaine tolérance du titulaire des droits, décidant de ne pas paralyser leur exercice.

Voici donc un effet néfaste de l'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur. La coexistence des règles légalisant le recours aux mesures techniques de protection, et celles prévoyant les exceptions aux droits de l'auteur, crée un véritable conflit des normes. Dans ce conflit, l'injusticiabilité joue un rôle de catalyseur d'une réaction chimique étrange. Les résultats de celle-ci sont des tolérances se donnant toutes les apparences des normes. Si, au fond, il s'agit des tolérances, donc de faits et non de normes, les exceptions méritent-elles toujours qu'on leur consacre une place dans le droit d'auteur objectif ? Se comportant comme des normes obligatoires *erga omnes*, peuvent-elles être malléables par la volonté unilatérale des titulaires ?

Au-delà de ces questions rhétoriques, une autre, plus concrète, se pose. À la supposer inévitable, la dissociation des exceptions aux droits de l'auteur des droits subjectifs de l'auteur, dicte-t-elle nécessairement leur injusticiabilité comme semble l'affirmer la Cour de cassation ? Ayant exposé les conséquences de l'injusticiabilité des exceptions, penchons-nous alors sur ce qui l'engendre.

B. L'INJUSTICIABILITÉ DES EXCEPTIONS AUX DROITS DE L'AUTEUR : UNE INJUSTICIABILITÉ ÉVITABLE ?

Il a été démontré que le raisonnement de la Cour de cassation ayant conduit à l'affirmation de l'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur repose entièrement sur la dissociation de celles-ci des droits subjectifs des utilisateurs. En elle-même, cette dissociation ne suscite pas de critiques. Elle reflète la vision personnaliste du droit d'auteur français cultivée et enrichie depuis des siècles. De nombreux auteurs de la doctrine classique du droit d'auteur assimilaient le

créateur d'une œuvre de l'esprit au propriétaire d'une maison ou d'un champ⁴⁰. Selon eux, la propriété littéraire avait la même nature et le même fondement que la propriété foncière⁴¹. Cette assimilation du droit d'auteur au droit de propriété, propre à la tradition française du droit d'auteur, a des conséquences philosophiques importantes. Elle veut dire que les droits subjectifs de l'auteur s'attachent à un droit préexistant⁴². L'exclusivité qui s'y attache n'a pas été « créée » par le législateur. Elle prend sa source dans la nature des choses que l'octroi du monopole d'exploitation ne fait que consacrer⁴³. La personne de l'auteur est ainsi sacralisée⁴⁴. Le créateur ne doit rien à la réglementation positive car il est « propriétaire » et, traditionnellement, « le droit de propriété n'a pas besoin de l'État pour exister »⁴⁵. Dans cette conception, seul l'auteur peut être titulaire des droits subjectifs. Ces derniers consistent en un pouvoir juridiquement sanctionné d'exclure les tiers de l'usage de l'œuvre. Corrélativement, l'existence des droits subjectifs de l'auteur donne naissance au devoir du public de ne pas empiéter sur le terrain réservé à son titulaire⁴⁶.

Il est évident qu'une telle vision jusnaturaliste du droit d'auteur ne peut réserver que très peu de place aux exceptions. Celles-ci étant des espaces de liberté *exceptionnellement* soustraits par le législateur de l'orbite des droits exclusifs, *a priori* absolus, ne peuvent pas être assimilées aux droits subjectifs du public. Dire le contraire, à savoir admettre que le droit d'auteur objectif confère aux utilisateurs des prérogatives d'une valeur égale à celles dont jouissent les

40 V. not. E. Saint-Auban, « Préface », P. Olangier, *Le droit d'auteur*, vol. 1, Les principes, Le droit ancien, LGDJ, 1934, p. III.

41 H. de Fonscolombe, *Essai sur la propriété littéraire*, Remondet-Aubin, Marescq Aîné, date d'édition inconnue (18), p. 4.

42 Dans ce sens, C. Geiger, « «Constitutionalising» intellectual property law ? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, n° 37(4), 2006, p. 371-406, spéc. p. 378.

43 H. Wistrand, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres*, Montchrestien, 1968, p. 26. Dans le même sens, T. civ. de la Seine, 1 avril 1936, *D.* 1936.II.69 note M. Nast ; T. civ. de la Seine, 6 déc. 1933, *Revue Critique du droit international privé*, 1934, p. 421, note J.P. Niboyet.

44 A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences* Bruylant, LGDJ, 1993, p. 3.

45 A. Abello, « La propriété intellectuelle, une « propriété de marché » », M.-A. Frison-Roche et A. Abello, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 341-372, spéc. p. 350 ; Dans le même sens, P. Tafforeau, C. Monnerie et A. Benfedda, *Droit de la Propriété intellectuelle*, 3 éd., Lextenso, 2012, p. 57 : « Les droits de propriété intellectuelle ont été non pas octroyés, conférés ni accordés aux auteurs, inventeurs et interprètes ; ils leur ont été reconnus. La conception française du droit d'auteur, depuis la Révolution, est en effet celle d'un droit naturel. C'est aussi une conception individualiste (ou encore personnaliste). Ce n'est donc que rendre justice à l'auteur, à l'inventeur, à l'artiste-interprète, que de leur permettre de tirer un profit pécuniaire de leur création ».

46 C. Colin, « Devoir d'auteur », *RIDA*, n° 224, avril 2010, p. 160-249, spéc. p. 163.

auteurs, serait une négation des principes du droit d'auteur personnaliste. Ce dernier est censé préserver le lien entre les créateurs et leurs œuvres et non pas protéger le public⁴⁷.

La dissociation des exceptions des droits subjectifs des utilisateurs, pratiquée par la Cour de cassation, repose par conséquent sur les fondements philosophiques solides, devant lesquels nous avons tendance à nous incliner. Ceci étant, l'absence d'intérêt légitime juridiquement protégé fondant l'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur, n'est pas, à notre sens, une conséquence nécessaire de la négation des droits subjectifs de leurs bénéficiaires. Autrement dit, il peut y avoir des intérêts juridiquement protégés, provoquant la justiciabilité, qui ne découlent pas des droits subjectifs. Comme le fait remarquer F. Ost, le droit objectif organise la protection de différents intérêts par le biais des mécanismes autres que les droits subjectifs. Les intérêts juridiquement protégés et les droits subjectifs se situent, écrit-il, « sur une ligne continue qui mesure des différences de degré et non de nature »⁴⁸. Le doyen Roubier en était conscient quand il écrivait que la protection offerte par le droit ne se résume pas toujours à la création des droits. Il critiquait, à juste titre, le courant doctrinal déduisant de la protection offerte par les anciens articles 1382 et suivants du Code civil de véritables droits à la vie, à l'intégrité physique etc. Il n'existe pas selon lui « de droit pour une personne à la vie ; il existe – ce qui est très différent – un devoir pour toutes les autres personnes de ne pas porter injustement atteinte à la vie d'autrui, et ce devoir est sanctionné par une action en responsabilité »⁴⁹.

Le droit organise donc parfois la protection de certains intérêts, sans les assimiler aux droits subjectifs. Dans cette perspective, une partie de la doctrine française du droit d'auteur estime par exemple que lorsque le bénéficiaire d'une exception aux droits de l'auteur repousse une action en contrefaçon, dirigée contre lui par le titulaire, il ne fait que réclamer l'application des règles du droit objectif non érigées en droits subjectifs⁵⁰.

Si le droit objectif est en mesure de réagir lorsqu'il s'agit de protéger le bénéficiaire de l'exception contre une action en contrefaçon et, en ce qui concerne cette hypothèse particulière, rendre l'exception justiciable, pourquoi en serait-il

47 Dans ce sens, H. Desbois, « Le droit moral », *RIDA*, avril 1958, édition spéciale, p. 121-159. Dans le même sens, F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica 2005, p. 47.

48 F. Ost, *Droit et intérêt, entre droit et non-droit : intérêt*, FUSL, 1990, p. 35.

49 P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 49.

50 C. Colin, *op. cit.*, p. 203.

autrement en cas de paralysie de l'exercice de l'exception par le recours du titulaire aux mesures techniques de protection ? Dans les deux cas on est en présence d'une violation par le titulaire d'une règle du droit objectif prohibant un certain comportement du titulaire...

Eu égard à ce qui précède, il semble que l'injusticiabilité des exceptions, apparue dans le contentieux des mesures techniques de protection, ne soit pas une nécessité juridique. Elle apparaît plutôt comme un choix « politique » du juge. Le raisonnement limpide « pas de droit subjectif, pas d'intérêt à agir », fondant l'injusticiabilité des exceptions dans ce contexte, reflète les valeurs les plus fondamentales de la tradition française du droit d'auteur. Pourtant ce choix qui, comme nous l'avons démontré, aurait pu être différent, entraîne la dilution de la normativité des exceptions et remet en question le sens de leur consécration par le droit d'auteur objectif.

L'injusticiabilité des opinions d'*amici curiae* en contentieux civil polonais

Agnieszka Chudyba, Doctorante contractuelle à l'Université d'Orléans

L'injusticiabilité ne rime pas avec l'indifférence. Alors même qu'elles échappent au contrôle de la légalité – c'est en ce sens qu'on les qualifie ici d'injusticiables¹ – les opinions d'*amici curiae* ne sont pas dépourvues d'impact sur l'issue des litiges. Leur statut contentieux, la force qu'elles revêtent devant le prétoire, ont quelque chose d'intermédiaire : alors même que le juge judiciaire demeure libre de s'en éloigner, il est en même temps tenu de s'y référer dans la motivation de son jugement. Et même si de telles opinions échappent au contrôle exercé par le juge d'appel ou de cassation, leur invocabilité – la possibilité de s'en prévaloir utilement à l'appui d'un recours – ne permet pas de les ranger parmi les actes transparents du point de vue contentieux.

Cette situation intermédiaire n'est pas sans entraîner des difficultés, notamment dans le cas où c'est à l'administration publique qu'incombe le rôle d'*amicus curiae*. Le contentieux civil polonais en fournit une excellente illustration. Celle-ci résulte du récent élargissement des compétences consultatives du Président de l'Office de la protection de la concurrence et des consommateurs.

¹ En ce sens, sont injusticiables tous ces actes qui échappent au contrôle exercé par le juge. De tels actes ne sont pourtant pas nécessairement transparents du point de vue contentieux, dans la mesure où, notamment, ils peuvent être utilement invoqués devant le juge. Tel est le cas des opinions rendues par les *amici curiae*.

Permettant à ce dernier d'intervenir d'office dans les litiges civils impliquant l'intérêt des consommateurs, la récente réforme législative soulève des questions relatives à la force juridique de ses opinions : sont-elles purement consultatives, à l'instar des opinions émises par d'autres *amici curiae*, alors même que cette autorité administrative bénéficie d'un pouvoir réglementaire en matière de contrôle des clauses proposées aux consommateurs ? Devraient-elles échapper à tout contrôle de légalité, alors même qu'une juridiction spécialisée a été créée pour contrôler les règlements, ayant parfois le même objet, émanant de la même autorité ?

Avant de soulever ces questions, quelques remarques liminaires s'imposent. D'une manière générale, l'« ami du tribunal » (lat. *amicus curiae*) est une personne ou un organe non gouvernemental intervenant dans le cadre d'une procédure contentieuse. Sans être partie au litige, l'intervenant présente au juge une opinion écrite ou orale, relative aux questions susceptibles de déterminer l'issue du litige. Son intervention permet au tribunal d'accéder à des connaissances spéciales, qui peuvent (ou doivent) être prises en compte dans l'examen de l'affaire. En général, l'engagement d'une organisation en qualité d'*amicus curiae* s'inscrit dans son activité et demeure liée à ses objectifs statutaires.

Cette institution provient du système anglo-saxon. Longtemps, elle est restée inconnue du droit polonais. Certains estiment, d'ailleurs, que la question des opinions d'*amici curiae* demeure purement doctrinale, sans grande incidence pratique. A cet égard, pourtant, deux réserves s'imposent. D'une part, ce type d'opinion est souvent présent – généralement dans les affaires pénales – sous forme d'intervention de la *Fondation Helsinki pour les droits de l'homme* ou d'une autre référence reconnue en la matière. D'autre part, la loi polonaise autorise l'intervention des organisations sociales dans le contentieux administratif² et pénal³, aussi bien que l'intervention des organisations non gouvernementales dans le cadre du contentieux civil⁴. Pour qu'une intervention soit admissible, l'organisation impliquée se doit de justifier de l'intérêt public ou individuel représenté en rapport avec ses objectifs statutaires. La procédure pénale polonaise n'admet l'intervention d'un tiers qu'en qualité de quasi-partie, autorisée à se prononcer au cours du procès ainsi qu'à faire des déclarations écrites. Les procédures administrative et civile, en revanche, ne restreignent pas la partici-

2 Art. 9 de la loi portant procédure applicable devant les tribunaux administratifs.

3 Art. 90- 91 du code de la procédure pénale polonaise.

4 Art. 61-63 du code de la procédure civile polonaise.

pation des organisations et permettent aux intervenants de présenter toute sorte d'« opinion importante pour l'affaire » (« istotny dla sprawy pogląd »).

Jusqu'à une période récente, la procédure civile ne reconnaissait la qualité d'*amici curiae* qu'aux organisations non gouvernementales. Le nouvel article 63⁵ § 1 du code de procédure civile, entré en vigueur le 18 janvier 2015⁵, prévoit une possibilité de recueillir un avis d'autres institutions susceptibles de présenter une opinion utile, à condition qu'un texte particulier le prévoie. L'extension du cercle d'acteurs admis à intervenir en qualité d'*amicus curiae* vise non seulement à faciliter l'examen des affaires complexes, dans les matières hautement spécialisées, mais aussi à ouvrir la voie à l'harmonisation de la jurisprudence.

Parmi les textes particuliers intervenus en complément de ces dispositions, une révision de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs, entrée en vigueur le 17 avril 2016⁶, a donné au Président de l'Office de la concurrence et des consommateurs une compétence pour intervenir dans les affaires civiles touchant aux questions de concurrence et de protection des consommateurs. Le Président de l'Office de la protection de la concurrence et des consommateurs est un organe de l'administration centrale, disposant d'un pouvoir de décision en matière de contrôle des ententes, de la concentration des entreprises et de la protection des intérêts généraux des consommateurs. La réforme de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs, datant de 2015, lui confie, en outre, le pouvoir de contrôler les clauses insérées dans les modèles de contrats habituellement proposés aux consommateurs.

Dépourvues de tout caractère contraignant, les opinions présentées par les organisations non gouvernementales ne bénéficient en contentieux civil que d'une valeur consultative (I). La question est de savoir, pourtant, s'il en ira de même d'une opinion provenant d'un organe de l'administration, en l'occurrence le Président de l'Office de la protection de la concurrence et des consommateurs (II).

⁵ Ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, J.O. 2014.945.

⁶ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw, J.O. 2015.1634.

I. Les opinions émises par les organisations non gouvernementales

Pour être admise à intervenir en qualité d'*amicus curiae*, l'organisation non gouvernementale ne doit pas être formellement admise à la procédure. En effet, conformément à la jurisprudence, « la possibilité de s'exprimer par voie d'opinion importante constitue une forme indirecte de participation de l'organisation non gouvernementale dans la procédure civile »⁷. Cette forme de participation est aussi décrite comme une « participation au sens large »⁸. L'organisation qui présente son opinion au cours d'un litige ne devient donc pas partie au procès et le juge n'est pas tenu de lui garantir une participation active. En effet, l'organisation qui rend son opinion au tribunal n'agit pour le compte d'aucune des parties, elle n'est donc liée à aucune d'elles. Par conséquent, le point de vue exprimé dans son opinion doit être objectif et ne saurait être formulé en faveur de l'une des parties⁹. Il est néanmoins nécessaire que l'opinion d'une organisation non gouvernementale prenne forme d'une résolution ou d'une déclaration des organes habilités à la représenter. En général, cette opinion est écrite, rien ne s'oppose pourtant à ce qu'elle soit présente oralement au cours de l'audience.

Conformément à l'article 63 du code de procédure civile, l'organisation non gouvernementale est habilitée à présenter une opinion « importante pour l'affaire ». La loi ne précise pourtant ni le caractère juridique, ni le contenu d'une telle opinion. Dans le silence des textes, deux questions se posent. Il convient de déterminer, d'une part, si l'opinion d'un *amici curiae* devrait rester cantonnée aux faits de l'espèce, ou bien peut-elle porter sur une catégorie entière de problèmes ou d'affaires. C'est la question de la généralité de l'opinion, ou de son contenu (A). D'autre part, il convient de déterminer l'impact d'une opinion sur l'affaire en cours et la décision du juge. En d'autres termes, il convient de soulever la question de la force normative¹⁰ reconnue aux opinions d'*amici curiae* (B). Bien que traitées séparément, ces deux questions ne sont cependant pas to-

⁷ Cour Suprême de Pologne, 11 décembre 1980, I PR 62/80, LEX no 8288.

⁸ K. Gajda-Roszczyńska, « Udział organizacji społecznych w postępowaniu cywilnym – uwagi de lege lata, de lege ferenda », *Reforma postępowania cywilnego w świetle projektów Komisji Kodyfikacyjnej*, éd. K. Markiewicz, 2011, s. 263 et s.

⁹ V. J. Jagiela, *Udział organizacji pozarządowych w postępowaniu cywilnym dla ochrony praw obywateli*, *Zeszyty naukowe Instytutu Naukowe Instytutu Administracji AJD w Częstochowie*, 1(9)/2014.

¹⁰ Par « force normative », on entend ici la force d'un acte juridique mesurée en fonction du degré de liberté laissé à son destinataire. En ce sens, v. P. Serrand, « La force normative de la directive administrative », *La force normative. Naissance d'un concept*, éd. C. Thibierge et alii, Paris / Bruxelles, LGDJ / Bruylant, 2009, p. 447.

talement distinctes, dans la mesure où la force normative d'une opinion dépend, entre autres, de son degré de généralité.

A. LE CONTENU D'UNE OPINION

L'examen des faits constitue un élément essentiel pour le règlement de tout litige. L'opinion d'un *amici curiae* peut s'avérer pertinente pour l'explication, la clarification ou l'évaluation des faits, notamment dans le cas où des connaissances ou des informations spéciales s'avèrent indispensables¹¹.

Concernant le degré de généralité d'une opinion présentée au tribunal, deux approches concurrentes se rencontrent dans la doctrine. Selon la première, l'opinion de l'*amicus curiae* devrait présenter un caractère général et abstrait et se référer à une certaine catégorie de problèmes. Par conséquent, l'*amicus curiae* ne saurait procéder à l'examen des faits de l'espèce, il ne devrait pas non plus indiquer au juge des faits ou des preuves susceptibles de compléter l'instruction. Selon les partisans de l'approche concurrente, une opinion ne peut contribuer utilement au règlement d'une affaire que si elle procède de l'examen détaillé des circonstances de l'espèce. Les observations contenues dans une opinion devraient permettre au juge de régler le litige. Même si une opinion peut revêtir un caractère plus général¹², elle ne devrait pas s'éloigner des circonstances de l'espèce d'une manière qui la priverait de son utilité *in casu*¹³.

Une autre controverse concerne le caractère des observations contenues dans l'opinion d'un *amicus curiae* : sont-elles nécessairement limitées à l'examen des faits, ou bien peuvent-elles porter également sur la qualification juridique des faits de l'espèce ? En réponse à cette question, la doctrine adopte généralement une position souple, admettant une intervention de l'*amicus curiae* portant aussi bien sur des éléments de fait que sur les questions de droit¹⁴. En effet, selon la doctrine majoritaire, une « opinion doit se rapporter aux faits essentiels pour l'issue du litige, elle peut néanmoins s'avérer pertinente dans l'appréciation

¹¹ V. J. Jagiela, *op. cit.*, préc.

¹² T. Ereciński *et alii*, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, vol. 1, *Postępowanie rozpoznawcze*, 5^e éd., WK 2016, LexOmega.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Pour une opinion contraire, v. M. Sychowicz, commentaire de l'article 63, *Kodeks postępowania cywilnego*, vol. 1, *Komentarz do art. 1-366*, éd. A. Marciniak, K. Piasecki, C.H. Beck, 2016, p. 274-276.

d'une question de droit »¹⁵. L'adoption d'une position plus rigoureuse conduirait d'ailleurs à exclure toute participation des *amici curiae* au contentieux d'appel ou de cassation, dans tous les cas où l'office du juge se réduit au contrôle d'application du droit.

L'admission d'une opinion portant sur les éléments de droit ne conduit néanmoins pas à priver le juge de son pouvoir souverain en matière d'interprétation et d'application de la loi. Le contenu d'une opinion, c'est une question ; sa force normative en est une autre.

B. LA FORCE D'UNE OPINION

Sur cette question, la doctrine est loin d'être unanime. Suivant le premier point de vue, l'opinion formulée par une organisation non gouvernementale constitue un moyen de preuve. Par conséquent – à l'instar des autres éléments de preuve recueillis au procès – elle doit être soumise à la libre appréciation exercée par le juge. Selon l'approche concurrente, « une opinion n'est pas une preuve »¹⁶. Cette approche semble conforme à la teneur du code de procédure civile. Conformément à son article 227, « font l'objet d'une preuve les faits déterminants pour l'issue de l'affaire »¹⁷. Même si elle fait référence aux faits de l'espèce, une opinion adressée au tribunal ne constitue pas une preuve en tant que telle, pas plus qu'une opinion d'un expert assermenté. Et même si l'opinion d'un *amicus curiae* peut se référer à une preuve présentée au litige, elle ne saurait se substituer à l'instruction de l'affaire.

A l'égard du tribunal, l'opinion de l'*amicus curiae* revêt ainsi un caractère consultatif, ou auxiliaire, semblable à celui d'une opinion d'expert privé présentée par une partie au litige. Une telle opinion ne lie pas le juge. Néanmoins, le juge est tenu d'y faire référence dans les motifs de la décision, tant pour les questions de fait que pour les questions de droit.

A l'égard des parties au litige, cette opinion n'a, en revanche, aucun caractère contraignant. Dans l'hypothèse où l'intervention d'un *amicus curiae* s'avère favorable à l'une des parties, son opinion renforce *de facto* la valeur de l'argu-

¹⁵ M. Manowska *et alii*, *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, vol. 1, 3^e éd., Wolters Kluwer, Warszawa 2015, p. 192.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Sur cette disposition, v. J. Jagiela, *op. cit.*, préc.

mentation présentée à l'appui de ses prétentions. *De iure*, cette argumentation demeure pourtant contestable et peut être réfutée par l'adversaire et le tribunal. Par ailleurs, dans le cas où l'opinion d'un *amicus curiae* fournit l'essentiel des motifs du jugement, les moyens d'appel ou de cassation soulevés par la partie perdante dans l'instance ne peuvent viser que le jugement lui-même, sans qu'il soit possible de contester directement la légalité ou le bien-fondé de l'opinion dont il s'inspire.

La force normative des opinions émises par des organisations non gouvernementales paraît donc difficile à déterminer. Utiles, elles sont souvent déterminantes d'un point de vue pratique. D'un point de vue juridique, de telles opinions demeurent pourtant injusticiables, en ce sens qu'elles échappent à toute contestation directe. Et même si de telles opinions ne peuvent être qualifiées de « transparentes », dans la mesure où elles sont invocables au litige, elles ne s'imposent nullement au juge. Leur force normative paraît difficile à évaluer *in abstracto*, en dehors des circonstances de l'espèce. C'est en ce sens que la doctrine reconnaît à ces actes la qualité d'« expertises sociales » revêtant un caractère consultatif ou subsidiaire¹⁸.

La question est de savoir s'il en va de même d'opinions émises par le Conseil de la protection de la concurrence et des consommateurs dans le cadre de ses attributions légales.

II. Les opinions de l'Office de la protection de la concurrence et des consommateurs

Avant le 17 Avril 2016, le Président de l'Office de la protection de la concurrence et des consommateurs (ci-après « le Président de l'Office ») n'était pas habilité à agir en qualité d'*amicus curiae*. L'élargissement de ses compétences a été favorablement accueilli par la doctrine, eu égard notamment à la nécessité d'harmoniser la jurisprudence en la matière.

C'est au Président de l'Office qu'appartient le soin d'apprécier l'opportunité de son intervention eu égard à l'intérêt public en jeu. Son appréciation est souveraine, en ce sens qu'un tribunal ne saurait enjoindre au Président de l'Office d'émettre une opinion. Il s'ensuit également que l'intervention du Président

¹⁸ M. Manowska *et alii*, *op. cit.*, p. 193

de l'Office ne saurait avoir pour but la protection exclusive des intérêts privés d'une des parties au litige.

Concernant la force normative des opinions rendues par l'Office dans ces conditions, il est trop tôt pour se prononcer avec certitude sur le sens d'une jurisprudence future. Il n'est pourtant pas interdit d'émettre un certain pronostic, basé sur le régime juridique appliqué jusqu'ici aux opinions de ce même Office relatives aux clauses insérées dans les modèles de contrats habituellement proposés aux consommateurs (qui s'apparentent aux avis rendus en France par la Commission des clauses abusives). On présentera donc, d'abord, le cadre normatif dans lequel s'exercent les compétences du Président de l'Office, et notamment celles relatives au contrôle des clauses abusives (A), pour soulever, ensuite, quelques questions relatives au statut contentieux des opinions qu'il émet en qualité d'*amicus curiae* (B).

A. LES COMPÉTENCES DU PRÉSIDENT DE L'OFFICE

En vertu de l'article 31 d) de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs, le Président de l'Office est autorisé à émettre des opinions dans les affaires civiles concernant la protection de la concurrence ou celle des consommateurs.

S'agissant des affaires civiles concernant la protection de la concurrence, le nouvel article 63⁵ du code de procédure civile et l'article 31 d) de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs se conforment aux réglementations européennes (art. 15.3 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité¹⁹, désormais art. 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Ces dernières prévoient que « les autorités de concurrence des États membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité [...]. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales ». Il convient d'ajouter que l'article 15 du règlement (CE) No 1/2003 constitue « une disposition particulière » au sens de l'article 63⁵ du code de la procédure civile.

¹⁹ J.O., n° L 001 du 04/01/2003, p. 1-25.

Eu égard à l'effet direct de ces dispositions, le Président de l'Office est autorisé à soumettre des observations écrites aux juridictions sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'article 31 d) de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs.

Concernant, ensuite, les affaires relatives à la protection des consommateurs, le Président de l'Office peut présenter son opinion dans les litiges civils relatifs à la protection de l'intérêt général des consommateurs et – depuis la révision de la loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs du 5 août 2015 – dans les affaires relatives au caractère abusif des clauses insérées dans les modèles de contrats habituellement proposés aux consommateurs.

Pour ce qui concerne la première de ces catégories, conformément à la jurisprudence polonaise, la notion d'« affaires relatives à la protection des consommateurs » doit être interprétée d'une manière extensive, s'étendant sur toute prétention d'un consommateur liée à l'exécution d'un contrat passé avec un professionnel²⁰. Les « affaires relatives à la protection des consommateurs » ne se limitent donc pas aux litiges impliquant des prétentions tirés d'un fondement juridique directement lié à la protection des consommateurs²¹.

Pour ce qui concerne les opinions relatives au caractère abusif des clauses, c'est au juge judiciaire qu'incombait jadis le contrôle abstrait des modèles de contrat habituellement proposés aux consommateurs. La dernière réforme de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs a remplacé ce contrôle judiciaire par un contrôle exercé par le Président de l'Office. Il convient désormais de déclencher une procédure administrative. La saisine du Président de l'Office est ouverte aux consommateurs, au médiateur pour la protection des consommateurs²², au médiateur du secteur des assurances²³, aux organisations des consommateurs ou encore aux organisations étrangères agréées. Le Président de l'Office n'est pourtant pas lié par la saisine, l'ouverture de la procédure étant décidée d'office. Au terme de la procédure, le Président de l'Office peut déclarer la nullité d'une clause par le biais d'une décision administrative qui est susceptible de recours relevant de la compétence d'une juridiction spécialisée, le Tribunal de la Protection de la

20 M. Namysłowska *et alii*, *Ustawa o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 5.8.2015 r. Komentarz*, C. H. Beck, 2016, p. 85.

21 L'ordonnance du Tribunal de première instance à Varsovie du 28 février 2013, I C 984/12, document consultable sur : <https://orzeczenia.ms.gov.pl>, référence consultée le 25 octobre 2017.

22 Rzecznik Konsumentów.

23 Rzecznik Ubezpieczonych.

Concurrence et des Consommateurs (en vertu de l'article 479 [31a] du code de procédure civile).

Les juridictions judiciaires conservent, en parallèle, la compétence pour effectuer un contrôle incident des contrats proposés aux consommateurs²⁴. Le modèle prévu par la loi polonaise est conforme à la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Cette directive, aussi bien que la Directive 2011/83/UE du Parlement et du Conseil relative aux droits des consommateurs²⁵, laissent aux Etats membres une liberté quant à l'organisation institutionnelle (qu'elle soit administrative ou judiciaire) du contrôle exercé par l'Etat en la matière.

Le contrôle abstrait est exercé en dehors de toute espèce et vise à éliminer des clauses généralement insérées dans les contrats proposés aux consommateurs, abstraction faite de toute clause insérée dans un contrat particulier. Par le biais d'une décision administrative qui revêt un caractère réglementaire, le Président de l'Office déclare le caractère abusif d'un type de clause. La nullité d'une clause réputée abusive n'entraîne cependant pas systématiquement la nullité du contrat tout entier. Une telle clause est considérée comme inopposable au consommateur, et ce, dès la conclusion du contrat (*ex tunc*), sans que ce dernier puisse s'exonérer de l'exécution du contrat dans sa totalité. Suite à la déclaration du Président de l'Office, les professionnels concernés sont en outre obligés de renoncer à l'utilisation des clauses prohibées.

La légalité d'une clause insérée dans un contrat concret est vérifiée par le biais d'un contrôle incident assuré par le juge judiciaire à l'occasion d'une affaire individuelle. Ce type de contrôle, qui s'effectue en considération de l'économie globale du contrat et des circonstances de l'espèce, vise à protéger l'intérêt individuel du consommateur. Ses effets ne se déploient qu'à l'égard des parties au litige (*inter partes*). En effet, conformément à la jurisprudence, « le tribunal n'est pas autorisé à procéder à une appréciation abstraite d'une clause incorporée dans le contrat. Le juge est tenu de trancher un litige en évaluant toutes les conséquences de son jugement. A cet effet, il exerce un contrôle incident qui, contrairement au contrôle abstrait effectué par le Président de l'Office, vise la protection de l'intérêt individuel. En plus, son jugement ne lie que les parties au

24 V. M. Namysłowska *et alii*, *op. cit.*, p. 13 et s.

25 Directive modifiant la directive 93/13/CEE de l'Office et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

litige. Si le Président de l'Office déclare une clause figurant au contrat comme abusive, cela ne suppose pas encore que cette même clause doive être qualifiée d'abusive par le juge, le contrôle incident s'étendant sur l'ensemble des circonstances de l'espèce »²⁶.

Si les règlements du Président de l'Office relatifs aux clauses abusives bénéficient d'une force impérative à l'égard des acteurs du marché, elles ne s'imposent pourtant pas au juge civil, celui-ci bénéficiant d'une marge d'appréciation souveraine dans les limites de l'espèce qui lui est soumise. La question est de savoir s'il en ira de même des opinions émises par le Président de l'Office en qualité d'*amicus curiae*.

B. L'INTERVENTION DU PRÉSIDENT DE L'OFFICE EN QUALITÉ D'*AMICUS CURIAE*

En principe, le statut juridique des opinions émises par l'Office ne diffère pas (ou ne devrait pas différer) de celui dont bénéficient les opinions des organisations non gouvernementales. En même temps, pourtant, le Président de l'Office est un organe de l'administration centrale de l'Etat, doté d'un pouvoir réglementaire, il semble donc nécessaire d'identifier avec précision la nature de ses nouvelles compétences consultatives, surtout que la pratique actuelle du Président de l'Office suscite à cet égard quelques doutes.

Intervenues dans le cadre des litiges relatifs au caractère abusif des clauses insérées dans les contrats de crédit, les cinq premières opinions émises par le Président de l'Office font écho aux contentieux déclenchés par des consommateurs ayant contracté des emprunts en francs suisses. L'application d'une clause de taux variable insérée dans ces contrats avait conduit à une augmentation conséquente des sommes dues aux banques²⁷. Par un recours collectif, les intéressés ont demandé au juge de procéder à un contrôle incident de la clause, cherchant à obtenir des dommages-et-intérêts. Dans chacune de ces affaires, le Président de l'Office a élaboré une opinion concluant au caractère abusif des clauses incriminées. Selon le Président de l'Office, les clauses litigieuses

26 L'arrêt de Sąd Okręgowy à Varsovie du 8 septembre 2015, II C 150/15, LEX n° 1994331; voyez aussi l'arrêt du Cour d'Appel de Varsovie du 31 janvier 2013 r., VI ACa 830/12, LEX n° 1299025.

27 Voyez les opinions émises par le Président de l'Office dans les affaires suivantes : I ACa 1058/15 ; I C 1060/15 ; XXVII Ca 676/16 ; I C 725/16 ; III Ca 775/16.

sont insusceptibles d'être remplacées par des stipulations relatives à la détermination du taux de change. Par conséquent, la nullité de ces clauses entraînerait la nullité des contrats d'emprunt dans leur totalité, dans la mesure où elle frappe un élément essentiel du contrat de prêt, ouvrant la voie à l'engagement de la responsabilité indemnitaire de la banque. À l'appui de ces conclusions, le Président de l'Office se référerait aux recommandations émises auparavant dans le cadre du contrôle abstrait, celles-ci ayant entraîné l'inscription des clauses similaires au Registre des clauses abusives.

Or, la position adoptée par le Président de l'Office contredit ouvertement la jurisprudence de la Cour Suprême. En particulier, dans son avis du 29 juillet 2016, présenté à la Cour d'Appel de Lodz, le Président de l'Office a clairement indiqué que, selon lui, la position de la Cour Suprême était erronée. Dans cette affaire, la Cour d'Appel, statuant sur renvoi de la Cour Suprême, est liée par l'interprétation du droit retenue dans l'arrêt de renvoi. Sans entrer dans le détail de l'espèce, selon la Cour Suprême, la clause litigieuse ne pourrait être réputée abusive que dans la mesure où elle accorderait au professionnel (la banque) un droit exclusif d'interpréter une clause du contrat. Pour le reste, la Cour Suprême a jugé que la clause litigieuse n'avait pas créé de déséquilibre significatif au détriment du consommateur.

La Cour d'Appel de Lodz se trouve donc confrontée à un arrêt de la Cour Suprême et à une opinion contraire du Président de l'Office. Liée par la position de la Cour Suprême, elle sera également tenue de se référer, dans les motifs de son jugement, à l'opinion du Président de l'Office. Cette configuration particulière montre les enjeux liés à la question d'opinions des *amici curiae*. L'hypothèse est bien particulière, dans la mesure où le Président de l'Office – en sa qualité d'organe chargé du contrôle des clauses abusives – a déjà interdit l'application de ce type de clauses par la voie réglementaire. L'opinion qu'il émet dans l'instance civile n'a pourtant pas de force contraignante. D'un point de vue théorique, les observations formulées ci-dessus, relatives au caractère juridique des opinions rendues par un *amicus curiae*, devraient s'appliquer également aux opinions rendues par le Président de l'Office. En même temps, eu égard à l'objectif de la récente révision de la loi sur la protection de la concurrence et des consommateurs, visant à renforcer le rôle du Président de l'Office dans l'harmonisation de la jurisprudence, force est de constater qu'il dispose désormais d'un moyen qui lui permet de s'immiscer dans l'exercice du contrôle incident des clauses abusives, ce qui n'est pas le cas d'une organisation non gou-

vernementale. Dans ces conditions, une opinion émise par un organe de l'administration dans un domaine strictement lié à ses compétences pourrait s'avérer déterminante. Cette situation soulève des questions relatives à l'injusticiabilité des opinions du Président de l'Office. Dans le cas où celles-ci interviennent en dehors de la procédure de contrôle abstrait, ces opinions échappent au contrôle de la légalité, alors même qu'elles sont souvent déterminantes pour l'issue de l'affaire. Peut-on tolérer cette situation, alors même que les règlements administratifs émis en la matière sont soumis au contrôle d'une juridiction spécialisée ? En soustrayant au contrôle contentieux les opinions du Président de l'Office émises en sa qualité d'*amicus curiae*, n'ouvre-t-on pas la voie à l'exercice d'un pouvoir réglementaire déguisé ? Et même si le juge civil peut s'éloigner des préconisations formulées par le Président de l'Office, ce dernier dispose d'une compétence réglementaire qui lui permet de proscrire l'application de la clause visée. Dans ces conditions, peut-on estimer effectivement que l'opinion du Président de l'Office ne s'impose pas au professionnel concerné et ne revêt à son égard aucune valeur contraignante ?

Les choses se présentent autrement dans les matières où le Président de l'Office n'exerce aucun pouvoir de décision. Dans ces matières, les opinions émises par le Président de l'Office en sa qualité d'*amicus curiae* n'auront certainement pas le même poids contentieux. Néanmoins, la position institutionnelle du Président de l'Office permet de penser que son opinion bénéficiera d'une force supérieure à celle émise par une simple organisation sociale. Invocables devant le juge civil, les opinions du Président de l'Office auront très certainement un impact sur la solution de nombreux litiges, alors même qu'elles ne lient pas le juge et qu'elles demeurent insusceptibles de contestation directe. De toute évidence, l'injusticiabilité ne rime pas avec l'indifférence.

Le différend injusticiable dans la pratique de la Cour internationale de Justice

Pierre-François Laval, Professeur à l'Université d'Orléans

Tout observateur de la jurisprudence internationale ne manquera pas d'être surpris de la fréquence avec laquelle l'argument de l'injusticiabilité du litige trouve à être soulevé par les États en vue d'éviter son règlement judiciaire. Au vu du traitement qui lui est réservé par la Cour internationale de Justice, la chose aurait même de quoi susciter une certaine perplexité. Jamais en effet une telle contestation n'a abouti à ce que la Haute juridiction s'estime inapte à trancher le différend porté à sa connaissance. Ce n'est toutefois pas dire que la Cour n'a elle-même jamais eu recours à la notion d'injusticiabilité et considéré que son pouvoir juridictionnel ne pouvait être mis en œuvre dans certaines situations. Avant d'en donner quelques éléments d'explication, il convient d'emblée de préciser la signification ici donnée à la notion d'injusticiabilité. Dans la théorie du procès international, celle-ci n'a effectivement pas vocation à regrouper l'ensemble des facteurs pouvant faire obstacle au traitement juridictionnel du litige. Les raisons susceptibles de constituer un obstacle à l'exercice, par le juge international, de sa fonction juridictionnelle sont, du reste, fort nombreuses et se rapportent principalement à un problème d'incompétence de l'organe saisi ou d'irrecevabilité de la requête. L'injusticiabilité du litige est elle-même difficilement classable dans l'une de ces deux catégories. Il ne fait toutefois aucun

doute qu'elle se rapporte au fond du litige, n'incluant que des cas d'injusticiabilité « interne » ou « substantielle »¹.

Telle qu'elle apparaît dans les exceptions préliminaires formulées par les États en vue d'éviter la tenue du procès, la notion d'*injusticiabilité* se trouve le plus souvent associée à celle de *différend politique*. Elle formaliserait ainsi une limite inhérente à la fonction juridictionnelle, dont la seule vocation est de trancher des différends *juridiques*². Cette distinction n'est, du reste, pas propre à la pratique internationale. On la trouve la plus fréquemment associée au *judicial restraint* de la Cour suprême américaine qui, de longue date, distingue les questions justiciables de celles qualifiées de « politiques » car prétendument impropres à toute résolution *judiciaire*³. À la différence toutefois du contexte juridique américain, et de la retenue que le pouvoir judiciaire entend observer vis-à-vis des autres pouvoirs, législatif et exécutif, lorsqu'il mobilise le concept d'injusticiabilité, ce dernier n'est utilisé par la Cour internationale de Justice que pour formaliser une impossibilité technique d'appliquer le droit et, ainsi, d'exercer son pouvoir juridictionnel. L'injusticiabilité du différend international se présente, en d'autres termes, comme une qualification opérée par le juge, dont le seul objet sera de protéger sa fonction judiciaire. La chose se vérifie tout aussi bien à la façon dont la Cour internationale de Justice a pu traiter les exceptions préliminaires fondées sur le caractère prétendument politique du différend (I), que dans les autres hypothèses où elle a pu elle-même soulever d'office son inaptitude à connaître du contentieux porté à sa connaissance (II).

1 P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités en droit public interne », *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, éd. P. Serrand et P. Szwed, Mare et Martin, 2014, p. 105-124, spéc. 106, 110.

2 Sur cette distinction, v. R. Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2014, spéc. p. 340 et s., 767 et s. ; H. Lauterpacht, « The Doctrine of Non-justiciable Disputes in International Law », *Economica*, 1928, p. 277-317 ; A. Sall, « Le juge international et la politique : réflexions sur l'incidence du facteur politique dans la juridiction de la Cour de Justice de La Haye », *Afrilex – Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, janvier 2012, Université Montesquieu-Bordeaux IV ; C. Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, 2015, 2^{ème} édition, p. 232 et s. ; M. Vaucher, *Le problème de la justiciabilité et de la non-justiciabilité en droit international des différends dits « politiques » ou « non-juridiques » et les notions de compétence exclusive et de compétence nationale*, Montreux, Ganguin & Laubscher, 1951. V. également l'opinion dissidente du juge Oda jointe à l'arrêt de la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, arrêt du 27 juin 1986, *Rec.* 1986, p. 212-246, spéc. p. 238-240.

3 *Marbury v. Madison*, 24 février 1803, 5 U.S. p. 137, spec. p. 170. V. également, *inter alia*, *Baker v. Carr*, 26 mars 1962, 369 U.S., p. 186, spéc. p. 217 ; *Commonwealth of Massachusetts v. Laird*, 9 novembre 1970, 400 U.S., p. 886, spéc. p. 891-892.

I. Le rejet des exceptions d'injusticiabilité fondées sur le caractère politique du litige

L'injusticiabilité apparaît principalement dans la jurisprudence de la Cour par le truchement des exceptions préliminaires que des États, désireux d'échapper au procès, ont pu opposer à sa juridiction. Ces derniers ont, en ces différentes occasions, contesté l'aptitude de la Cour à connaître du différend en raison de son caractère politique. Du traitement que la Cour réserve à ce type d'argumentaires, ressort cette constante : les aspects politiques d'un litige ne font pas obstacle au règlement judiciaire des questions juridiques qu'il soulève⁴. En présence d'exceptions de cette nature, la Cour se borne en effet à déterminer si une ou plusieurs règles internationales sont applicables au litige porté à sa connaissance. Ayant, au terme de ses différentes recensions, toujours vérifié cette hypothèse, la Haute juridiction a systématiquement rejeté l'argument tiré de l'injusticiabilité du litige. Telle qu'elle ressurgit sous la plume de la Cour, la notion de justiciabilité se trouve ainsi assimilée au caractère *juridique* du litige, c'est-à-dire à sa propension à être tranché sur le fondement de règles de droit. Plusieurs dispositions figurant dans les textes qui régissent l'office de la Cour confortent, du reste, cette assimilation. L'article 36 de son Statut limite ainsi sa compétence au règlement des « différends d'ordre juridique ». L'article 38 confirme, à un titre plus général, sa « mission de régler conformément au droit international, les différends qui lui sont soumis »⁵.

À différentes reprises, la Cour a dû ainsi mesurer la juridicité des questions portées à sa connaissance. Suivant sa conception des choses, il ne saurait effectivement exister de litiges *par nature* injusticiables, cette qualification dépendant toujours du fait de savoir si des règles juridiques peuvent, ou non, être mobilisées⁶. Ainsi, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, la Cour a mentionné la lettre de l'ambassadeur de Turquie qui faisait valoir la nature « hautement politique » du litige avec la Grèce, avant d'estimer qu'un différend relatif à des délimitations maritimes « [pouvait] difficilement ne pas

4 En ce sens, C. Santulli, *op. cit.*, p. 232.

5 Sur ces dispositions et leur origine, v. l'opinion dissidente précitée du juge Oda jointe à l'arrêt de la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, *Rec.* 1986, pp. 220 et s.

6 R. Kolb, *op. cit.*, p. 355.

comporter quelque élément politique », et que celui porté à sa connaissance dans le cas d'espèce « [était] à l'évidence un de ceux au sujet desquels les parties se conteste[nt] réciproquement » des droits, plus précisément ceux dont il s'agissait d'établir l'étendue spatiale sur le plateau continental en mer Egée⁷. L'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* en a donné une autre illustration topique, quoiqu'il était uniquement en cause la fonction consultative de la Cour⁸. Certains États avaient effectivement pu exciper de l'incompétence de la Haute juridiction en raison de la nature essentiellement politique de la question qui lui était soumise. Déterminer, comme la Cour était priée de le faire, si la menace ou l'emploi d'armes nucléaires est admise par le droit international n'était naturellement pas sans emporter des conséquences de la plus haute importance au sujet notamment de la stratégie de dissuasion nucléaire utilisée par de nombreux États. À l'occasion de cette affaire, la Haute juridiction n'en a pas moins jugé que la question qui lui était adressée demeurerait bel et bien juridique, puisque relative à la compatibilité d'une pratique étatique avec les principes et règles pertinents du droit international. La Cour n'a par ailleurs pas tenu pour pertinente, à la supposer telle, « la nature politique des mobiles qui auraient inspiré la requête »⁹.

La justification de cette ligne jurisprudentielle, systématiquement reconduite par la Cour, a pu être formulée en ces termes dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États Unis à Téhéran* :

« nul n'a [...] jamais prétendu que, parce qu'un différend juridique soumis à la Cour ne constitue qu'un aspect d'un différend politique, la Cour doit se refuser à résoudre dans l'intérêt des parties les questions juridiques qui les opposent. La Charte et le Statut ne fournissent aucun fondement à cette conception des fonctions ou de la juridiction de la Cour ; si la Cour, contrairement à sa jurisprudence constante, acceptait une telle conception, il en résulterait une restriction considérable et injustifiée de son rôle en matière de règlement pacifique des différends internationaux »¹⁰.

7 CIJ, *Affaire du plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt du 19 décembre 1978, *Rec.* 1978, p. 3-45, spéc. p. 13, § 31.

8 Le raisonnement tenu par la Cour au titre de sa compétence consultative demeure pertinent dans la mesure où l'article 65 du Statut de la Cour limite son exercice à la résolution de « questions juridiques ».

9 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, p. 226-267, spéc. p. 234, § 13.

10 CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis c. Iran)*, arrêt du 24 mai 1980, *Rec.* 1980, p. 3-46, spéc. p. 20.

L'option retenue est ainsi présentée comme la seule ouverte à la Cour. Le droit international étant, pour reprendre les mots de Montesquieu, « la loi politique des nations considérées dans le rapport qu'elles ont les unes avec les autres »¹¹, l'argument de l'injusticiabilité ne saurait en effet prospérer à moins de remettre en cause la vocation même de la Cour à se faire juge des contentieux interétatiques. Cette position jurisprudentielle est, à un titre plus général, révélatrice des logiques souverainistes qui étaient à l'œuvre avant l'affirmation d'un pouvoir juridictionnel international susceptible de s'imposer à la volonté des États. A la fin du XIX^{ème} siècle, la distinction entre différends politiques et juridiques revêtait, en effet, une importance d'un tout autre ordre. Comme le relève à ce sujet Robert Kolb, la fonction dévolue à l'arbitre international était réputée limitée à une certaine classe de litiges relativement techniques, qui ne mettaient pas en cause les *intérêts vitaux* de l'État, son honneur, sa souveraineté ou encore son intégrité¹². Dans le mandat qu'il lui attribuait, les États excluaient d'ailleurs régulièrement la faculté de connaître de ce type de différends. L'arbitre ne se reconnaissant par ailleurs pas, à cette même époque, la faculté de trancher les contestations relatives à sa compétence, la seule invocation par l'État défendeur du caractère politique du litige ou de la fondamentale des intérêts qu'il engageait, suffisait à le faire échapper au procès. En d'autres termes, l'appréciation de la distinction entre différend justiciable et injusticiable était elle-même purement politique, car maîtrisée par les seuls États parties à l'instance¹³. Quant à l'engagement préalablement formulé par les parties de se soumettre au jugement de l'arbitre, il en était réduit à une simple *clause potestative*, entendue comme celle qui fait dépendre l'exécution de l'obligation « d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre partie contractante de faire arriver ou empêcher »¹⁴. La pratique conduisait ainsi à ne pas soumettre de différends jugés politiquement importants, comme le traduisait la formule *de maximis non curant praetor*¹⁵. Le basculement n'interviendra qu'avec une éva-

¹¹ *De l'esprit des lois*, Livre dixième, chap. 1, « De la force offensive ».

¹² R. Kolb, *op. cit.*, p. 353-357. V. également au sujet de cette pratique, l'opinion dissidente précitée du juge Oda jointe à l'arrêt de la Cour en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, Rec. 1986, p. 221 et s.

¹³ R. Kolb, *op. cit.*, p. 355.

¹⁴ Art. 1170 du Code civil. Sur la notion de clause potestative, v. également O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, p. 339 et s.

¹⁵ V. les développements qu'y consacre H. Lauterpacht, *The function of Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 166-201.

luation proprement juridique du contenu des litiges, et l'affirmation par le juge de son pouvoir de déterminer sa propre compétence¹⁶.

La faible pertinence désormais laissée à la dimension politique des litiges se présente ainsi en réaction aux premiers développements de la pratique internationale. La méthode appliquée par la Cour de La Haye a conduit à désamorcer l'exception d'injusticiabilité et, avec elle, les stratégies étatiques d'évitement du procès international. Ainsi, alors qu'elle permet parfois au juge interne d'observer une certaine réserve vis-à-vis des autres organes, l'appréciation de la justiciabilité du litige a véritablement permis au juge international d'affirmer son pouvoir. À un plan plus général, elle témoigne de l'ambition du droit international de trouver un remède à tout litige et, ainsi, de faire en sorte que les États n'aient recours à la force pour se faire justice¹⁷.

II. Les cas d'injusticiabilité identifiés par la Cour

Si la Haute juridiction est parvenue à neutraliser l'exception préliminaire d'injusticiabilité lorsqu'étaient réunies les conditions l'autorisant à rendre un jugement, elle a pu elle-même relever d'office l'impossibilité de faire application du droit dans une série de situations qui sont ainsi autant d'hypothèses d'injusticiabilité. Plusieurs affaires ont effectivement permis de mettre en évidence une zone grise dans laquelle elle refuserait de s'engager. Il ne s'est toutefois, semble-t-il, jamais agi pour la Cour de tirer prétexte de l'injusticiabilité du différend pour ménager la susceptibilité des États ou, plus généralement, servir une politique jurisprudentielle de sélection des affaires. Les hypothèses ici recensées ne sont pas assimilables à celles du droit interne que le juge *pourrait* juger, mais dont il ne *veut* connaître¹⁸. Par ailleurs, les situations d'injusticiabilité se font plutôt rares dans la pratique de la Cour. À l'image de son homologue national, le juge international est débiteur d'une obligation de statuer sur les prétentions fondées sur le droit. Cette obligation n'est, certes, pas consignée dans un traité quelconque qui viendrait proscrire le déni de justice, comme le fait le Code civil

16 Sur cette pratique, v. G. Berlia, « Jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1955-II, vol. 88, p. 105-157 ; C. Santulli, *op. cit.*, p. 154-156.

17 R. Kolb, *La op. cit.*, p. 357.

18 V. à ce sujet, P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités... », *op. cit.*, p. 116 et ss.

français. Elle apparaît plutôt dans l'attitude des juridictions internationales qui, sauf rare exception, s'obligeraient à statuer sur tout différend juridique¹⁹. Une telle obligation disposerait ainsi d'un fondement coutumier, puisé dans le besoin social de régler les litiges entre les États²⁰. Elle imposerait au juge « de ne pas s'abriter derrière les éventuelles 'lacunes' du droit »²¹, et de faire application du mandat qui lui a été confié par les parties²².

Telles qu'elles apparaissent dans la pratique de la Cour, les exceptions à l'obligation de statuer sur les prétentions des parties renvoient aux hypothèses traditionnelles de *non liquet*. Celles-ci sont associées par le *Dictionnaire de droit international* à l'« impossibilité pour le juge ou l'arbitre de statuer sur le fond de l'affaire à cause d'une insuffisance d'informations sur les faits ou faute de base suffisante relative au droit en vigueur entre les parties pour prendre une décision ou encore parce que ce qui lui est demandé lui semble dépasser sa fonction judiciaire »²³. C'est tout d'abord au sujet de l'exécution de ses propres arrêts que La Cour a pu estimer qu'il ne lui revenait pas de se prononcer. Comme elle l'a affirmé dès l'affaire *Haya de la Torre* jugée en 1951, les États demeurent libres de déterminer les modalités pratiques par lesquelles exécuter ses arrêts²⁴. Sur cette base, la Cour avait rejeté, dans cette même affaire, la demande adressée par la Colombie en vue d'obtenir des précisions sur les modalités d'exécution d'un arrêt rendu quelques mois plus tôt. Rappelant la liberté de choix bénéficiant en la matière aux États, elle avait estimé qu'il ne relevait pas de sa fonction judiciaire de trancher entre les différentes voies par lesquelles ses arrêts pourraient être exécutés, à plus forte raison lorsque de tels choix étaient « conditionnés par des éléments de fait et par des possibilités que, dans une très large mesure, les Parties [étaient] seules en situation d'apprécier »²⁵. La problématique de l'exécution a, depuis lors, pu être envisagée comme un phénomène essentiellement politique²⁶ car susceptible d'échapper à l'emprise du droit, et pour lequel la

19 C. Santulli, *op. cit.*, p. 233-234.

20 P. Weil, « « The Court Cannot Conclude Definitively... » *Non Liquet Revisited* », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, p. 109-119, spec. p. 114.

21 C. Santulli, *op. cit.*, p. 233.

22 V. en ce sens : « *Jurisdiction is not only a right – it imposes on the tribunal the duty to exercise the authority the parties have granted to it* » (P. Weil, *op. cit.*, spec. p. 115).

23 *Dictionnaire de droit international public*, éd. J. Salmon, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 747.

24 CIJ, *Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 13 juin 1951, *Rec.* 1951, p. 71-84, spéc. p. 77-83.

25 *Ibid.*, p. 79.

26 V. en ce sens Sh. Rosenne, « L'exécution et la mise en vigueur des décisions de la Cour internationale de Justice », *Revue générale de droit international public*, 1953, p. 532-583, spéc. p. 538.

Cour refuserait automatiquement de prêter son assistance. À bien y regarder, l'affaire de 1951 mettait plutôt une nouvelle fois en cause l'impossibilité matérielle de statuer. De son propre aveu, la Cour n'avait effectivement dans l'arrêt au sujet duquel se posait le problème de l'inexécution, formulé aucune injonction particulière aux parties, n'imposant ainsi que l'obligation de s'y conformer. Dès lors, en l'absence de règle juridique applicable au problème précis soulevé par la partie colombienne, elle en était réduite à statuer des considérations de pure opportunité pour rendre sa décision. Or, effectuer des choix de cette nature ne relevait pas de sa fonction judiciaire. De cette affaire, il doit ainsi être tiré pour enseignement que les différends nés de l'inexécution des arrêts de la Cour ne sont pas plus « politiques » que d'autres. À supposer qu'ils mettent en cause le non-respect d'obligations formulées au titre de la façon d'exécuter le jugement, ils seront assurément *juridiques*, et donc justiciables. Preuve en a été très récemment donnée dans une affaire où la Cour s'est estimée compétente pour connaître d'un contentieux ayant pour principal objet le refus par un État d'exécuter un précédent arrêt²⁷.

La protection de la fonction judiciaire a également commandé à la Cour de ne pas rendre de jugement lorsque les parties ne lui demandaient pas de s'en tenir au droit mais plutôt de le créer ou, ce qui revient au même, de le modifier. La Cour a ainsi toujours refusé de s'arroger une fonction législative, se limitant à « dire le droit existant »²⁸. Sa devancière, la Cour permanente de justice internationale, avait elle-même déjà refusé, pour cette raison précise, d'accueillir la demande formulée par la Suisse et la France dans l'affaire des *Zones franches*, de créer un régime douanier applicable auxdites zones²⁹. À plusieurs reprises, la Cour actuelle a pu également confirmer le refus de se muer en législateur. À l'occasion de l'une des affaires où la Haute juridiction faisait le rappel des limites de sa « fonction judiciaire normale », elle a toutefois pu identifier une autre hypothèse de *non liquet* tenant, non pas à l'inexistence d'un droit applicable au litige, mais à ses obscurités. Dans son avis rendu en 1996 sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, elle a refusé « au vu de l'état actuel

27 CIJ, *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt sur les exceptions préliminaires du 17 mars 2016 ; v. nos observations in « Chronique de jurisprudence internationale », *Revue générale de droit international public*, 2016-2.

28 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996 précité, *Rec. 1996*, p. 237, § 18.

29 CIJ, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (France c. Suisse)*, ordonnance du 19 août 1929, *Rec. C.P.J.I. Série A*, n° 22, p. 5-22.

du droit international pris dans son ensemble [...] ainsi que des éléments de fait à sa disposition [...] de conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un État dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause »³⁰. Ainsi, alors même qu'il ressort de son examen qu'un tel emploi serait généralement contraire aux règles du droit international applicable dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire »³¹, la Cour n'a pas entendu minimiser les incertitudes qui accompagnent, dans un tel contexte, l'usage du « droit fondamental qu'à tout État à la survie et donc [...] à [sa] légitime défense »³². Ce disant, elle a vu dans les divergences de vue entourant le statut juridique de l'arme nucléaire et donc dans les insuffisances mêmes de la réglementation internationale, un obstacle à l'exercice de sa fonction de dire et d'appliquer le droit. Différentes interprétations ont pu être faites de ce cas unique de *non liquet* dans la jurisprudence de la Cour. C'est que, comme indiqué précédemment, il revient en principe au juge international de déterminer le contenu du droit sans s'abriter derrière ses éventuelles lacunes ou contradictions. Une façon de présenter l'exception que représente l'avis de 1996 serait alors de considérer que l'obligation de statuer peut, dans des cas extrêmes, céder face à la nécessité de protéger la fonction judiciaire, à laquelle la Cour fait d'ailleurs maintes fois référence dans son avis³³. Une autre consisterait à considérer que l'impossibilité pour la Cour de se prononcer renvoyait davantage au choix de ne pas soumettre à son jugement la politique de dissuasion nucléaire à laquelle, pour reprendre ses mots, « une partie appréciable de la communauté internationale a adhéré pendant des années »³⁴. Une autre, enfin, se limiterait à relever que la Cour n'était ici pas appelée à trancher un litige mettant aux prises des États, mais simplement à rendre un avis consultatif sur l'état du droit existant. Comme le résume à ce sujet Prosper Weil, « *in contentious proceedings, non liquet may well be a scandal. In advisory proceedings, it is not* »³⁵. On pourra quoi qu'il en soit s'étonner de ce que la Cour n'ait pas, plus simplement, appliqué la logique permissive énoncée dans la célèbre affaire du *Lotus*, d'après laquelle l'État dispose,

³⁰ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996 précité, p. 263, § 97, p. 266, § 105, 2) E).

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 263, § 96.

³³ V., en ce sens, R. Kolb, *op. cit.*, p. 769, 773.

³⁴ Avis consultatif du 8 juillet 1996 précité, *Rec.* 1996, p. 263, § 96.

³⁵ P. Weil, *op. cit.*, p. 117.

en droit international, de la faculté d'adopter l'ensemble des conduites qui ne sont pas formellement interdites³⁶. Le cas demeure toutefois unique et même, on l'aura compris, tout à fait singulier. Quel qu'ait été son retentissement au sein de la doctrine internationaliste, il ne saurait faire apparaître l'injusticiabilité autrement que comme le reflet d'une impossibilité, et non d'une inopportunité, de régler le litige.

³⁶ *Ibid.*

Injusticiabilité et développement durable – *ignotum per ignotius* en droit international ?

Piotr Szwedo, Maître de conférences et codirecteur de l'Ecole
de droit français à l'Université Jagellonne de Cracovie

I. Introduction: la « topographie » des injusticiabilités dans leur diversité

« L'injusticiabilité » ou son antonyme « la justiciabilité » sont surtout des termes théoriques. Son contenu n'est pas défini par la loi mais par la doctrine. Il résulte de l'activité – ou plutôt de l'inertie jurisprudentielle des tribunaux. Dans l'ouvrage précédent, dont l'ambition était de donner un premier aperçu de ce phénomène, l'injusticiabilité fut définie comme une situation dans laquelle le juge ne peut pas ou ne veut pas juger¹. C'est une notion qui « ne renvoie donc pas à l'absence d'un juge, mais à l'absence d'un traitement juridictionnel »². Cependant, la question qui se pose concerne *inter alia* la nécessité de l'« ancrage fixe » de ce terme dans le langage juridique français et ailleurs. Sans préjuger de cette question, dans la relation du concept d'injusticiabilité, il faut quand même

¹ P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités en droit public interne », *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, éd. P. Serrand et P. Szwedo, Mare et Martin, 2014, p. 106.

² *Ibid.*

prendre en considération le fait que la multiplication des termes et de notions, surtout dans le domaine des sciences sociales, ne sert pas toujours à une meilleure compréhension de la réalité.

La systématisation – « la topographie » – des situations qui sont susceptibles de mener à l'injusticiabilité ont des origines diverses. L'injusticiabilité, résulte d'un manque de possibilité ou de volonté de juger³. Ces situations peuvent avoir leur source dans des obstacles procéduraux – des irrecevabilités dans la terminologie française, résultant par exemple d'un non-respect des exigences des délais ou de la forme⁴. De même, la plainte ne sera pas recevable si le requérant n'a pas d'intérêt à agir (lat. *locus standi* ; ang. *standing*). Parmi les obstacles de nature procédurale, on compte également certains conflits d'attribution négatifs, tels que les incompétences. Les limites des compétences sont de nature territoriale (*ratione loci*), temporelle (*ratione temporis*) ou tiennent à l'objet du litige (*ratione materiae*). Le non-respect de leurs limites provoquera l'incompétence du tribunal et donc une situation d'injusticiabilité. C'est un phénomène bien connu, surtout dans le domaine du droit international des investissements, dans lequel les tribunaux d'arbitrage sont parfois obligés de se prononcer, dans une phase distincte de la procédure, sur leur compétence de traiter la requête⁵.

Une situation différente résulte d'un vide ou d'une lacune juridique. C'est un cas dans lequel la cour possède la capacité de juger mais ne trouve pas une règle de droit matériel pour trancher le litige. Ce type de situations est nommé « *non liquet* ». En revanche, les vides normatifs sont relativement rares. Le législateur vise à éviter de telles situations par l'introduction, dans le système juridique, des principes généraux. De telles règles sont susceptibles de présenter une flexibilité très importante. Par exemple, selon le fameux « principe Lotus », consacré par la Cour permanente de justice internationale, tout ce qui n'est pas prohibé par le droit international est admissible⁶. Dans de tels cas, le juge peut arriver à un autre type de situation d'injusticiabilité, notamment celle de l'ambiguïté et de l'obscurité du droit. Ils sont plus près, au sens étymolo-

³ *Ibid.*

⁴ Cf. *Ibid.*, p. 107-108.

⁵ Par exemple l'affaire Consortium R.F.C.C. contre Royaume du Maroc, aff.no. arb/00/6, décision sur la compétence, 16 Juillet 2001; Salini contre Jordanie, aff.no. arb/02/13, 9 novembre 2004 décision sur la compétence.

⁶ Affaire du « Lotus », Publications de la Cour permanente de justice internationale, série A, n° 10, Recueil des arrêts, p. 18-19.

gique, du terme « *non liquet* », qui, dans son sens littéral, signifie « [cela n'est] pas clair ».

Dans le présent article, l'analyse de l'injusticiabilité est instrumentalisée pour expliquer les difficultés dans l'application du principe de développement durable. Le but est donc de s'en servir pour analyser certaines difficultés qui apparaissent dans l'application dudit principe et de poser la question de savoir si le concept d'injusticiabilité est en mesure de clarifier les situations de ce type. Du résultat obtenu nous nous efforcerons de construire une réponse plus générale relative à l'utilité de l'emploi du terme « injusticiabilité » dans la terminologie juridique.

A la fin de cette introduction, il convient de noter que les concepts utilisés – surtout la question des lacunes juridiques et de l'obscurité du droit – appartiennent plutôt à la catégorie du manque de « possibilité » qu'à la catégorie du manque de « volonté » de juger. Cependant, certains types d'injusticiabilités, sont aussi liés aux doctrines des questions d'opportunité ou des questions « politiques » et, de ce fait, sont susceptibles d'être classées dans la deuxième catégorie⁷.

II. L'injusticiabilité et « la puissance absolue et perpétuelle d'une République »

Force est de constater qu'il y a un lien logique entre certains cas d'injusticiabilité et la souveraineté. Ce dernier concept est essentiel pour la théorie de l'État et constitue aussi une notion polysémique. Jean Bodin la définit de la manière suivante : « la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République »⁸. La souveraineté, dans son aspect extérieur, est étroitement liée à l'égalité des États. Si chaque État possède la plénitude du pouvoir sur son territoire, la communauté internationale est donc construite selon l'adage *par in parem non habet imperium* – « entre les égaux il n'y a pas de pouvoir ». Cette maxime romaine, constitue un fondement des institutions du droit international qui peuvent mener à l'injusticiabilité, comme notamment la doctrine de l'acte de gouvernement ou l'immunité de l'État. La souveraineté dans son aspect interne correspond à la plénitude du pouvoir. Cette idée ne s'oppose pas à la séparation des pouvoirs parmi les organes internes de l'État. La plénitude

⁷ P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités... », *op. cit.*, p. 111-123.

⁸ J. Bodin, *Six livres de la République*, Paris, Jacques du Puis, 1583, Livre 1, chap. 8, p. 122.

signifie que dans un État, il n'existe pas de centres de pouvoir qui ne se reconnaissent pas mutuellement. La séparation indique que le pouvoir est exercé par différents organes dont les fonctions s'équilibrent et sont attribuées par le droit. A la tête de chaque pouvoir se trouve un représentant, qui dispose d'une autonomie à l'égard des autres pouvoirs et qui, en outre, est indépendant des organes inférieurs. Leurs actes sont susceptibles d'être injusticiables dans la mesure où il n'y a pas d'institution hiérarchiquement supérieure, pouvant les annuler ou les casser. Une telle position caractérise les résolutions des cours suprêmes ou tribunaux constitutionnels, mais aussi des actes individuels du pouvoir exécutif ou législatif. En ce qui concerne cette dernière catégorie, le droit polonais y classe notamment l'élection des juges du Tribunal Constitutionnel par le Sejm (la chambre basse du parlement polonais) ou la décision du Président de la République d'octroyer une distinction honorifique. De telles décisions sont « souveraines » et ne sont pas susceptibles d'être vérifiées par les autres pouvoirs publics : elles sont donc injusticiables.

III. Injusticiabilité et *non liquet*

La question de savoir si la constatation du *non liquet* est possible en droit international fut posée après l'avis consultatif de la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire de Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires⁹. La possibilité et l'admissibilité du *non liquet* furent envisagées pour deux raisons. Premièrement, il existe une présomption selon laquelle le système juridique est complet et cohérent. L'intégrité du système est assurée par les clauses générales, qui comblent les lacunes normatives dans les situations de manque d'une régulation directe. Le « principe Lotus » susmentionné joue un tel rôle. Il peut être défini, soit comme un axiome logique, soit comme une conséquence de la souveraineté des États. Néanmoins, les cours internationales possèdent plutôt une tendance à étendre leurs compétences. Dans l'affaire Desgranges contre l'Organisation internationale du travail, son Tribunal administratif considéra que « l'un des principes fondamentaux de tous les systèmes juridiques est qu'aucune cour ne peut s'abstenir de juger au motif que la loi est muette ou obscure »¹⁰.

⁹ Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226.

¹⁰ Desgranges contre Organisation internationale du travail, décision publiée dans International Law Reports, vol. 20, p. 530.

Les tribunaux internationaux fonctionnent plutôt selon la logique du droit continental, que selon celle de la *common law*. Ils ne comblent pas les lacunes juridiques par la création de nouvelles normes, mais par l'application des analogies, par références à l'équité ou aux principes généraux. Par exemple dans l'affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, la Cour permanente de justice internationale estime que « la Cour est libre d'adopter la règle qu'elle considère comme la plus appropriée à la bonne administration de la justice, à la procédure devant un tribunal international, et la plus conforme aux principes fondamentaux du droit international »¹¹. Dans les affaires du plateau continental de la Mer du Nord, la CIJ souligne le rôle de la règle de l'équité dans la délimitation du plateau dans une situation de manque d'une règle conventionnelle ou coutumière¹².

La discussion sur la question du *non liquet* fut revitalisée après l'arrêt consultatif de la CIJ dans l'affaire de Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires précitée. Dans cette décision la Cour constate que « la Cour ne peut [...] conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause »¹³.

L'approche proposée par la CIJ fut critiquée par les juges dans leurs opinions dissidentes. Le vice-président Schwebel constata, que : « Ni la doctrine dominante (telle qu'elle a été clairement exposée par Lauterpacht dans son ouvrage *The Function of Law in the International Community*, 1933), ni la jurisprudence de la Cour n'admettent une déclaration de *non liquet* et moins encore une conclusion – ou une incapacité de conclure – d'un caractère si fondamental ». Ensuite le vice-président, en s'appuyant sur les travaux préparatoires au Statut, argua que la référence, dans l'article 38 du Statut, non seulement aux conventions et coutumes mais aussi aux « principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés », avait pour but « d'éviter l'impasse [...] que la Cour ne se déclare incompétente (*non liquet*) faute de normes matérielles »¹⁴.

Une critique similaire fut formulée par le juge Higgins. Elle rappela l'opi-

¹¹ Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série A – n° 2, le 30 août 1924, p. 16.

¹² Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, § 83, 88-91.

¹³ Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 44, constatation similaire sur p. 41, § 97.

¹⁴ *Ibid.*, opinion dissidente de M. Schwebel, p. 101 en citant Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920, La Haye, 1920, p. 332 et 344.

nion de l'ancien président de la CIJ, M. Elias : « “instruments utiles”, qui existent et peuvent nous aider si nous éprouvons des difficultés à utiliser les sources habituelles du droit international. A son avis, “ils interdisent à la Cour de prononcer un *non liquet* dans une affaire déterminée” »¹⁵. Aussi les juges Koroma et Shahabuddeen se sont prononcés contre la légitimité de l'application du *non liquet* dans cette affaire¹⁶.

En revanche, dans la doctrine du droit international, certains arguments furent avancés pour justifier les situations de *non liquet*. Premièrement, la légitimité des tribunaux internationaux est limitée. La tendance qui consiste à étendre leurs compétences peut alors faire l'objet d'une contestation par la communauté internationale. L'application des normes qui n'ont pas été explicitement acceptées par les États peut mener au questionnement des résultats du travail des juges et réduire l'effectivité de l'exécution des décisions. En outre, la communauté internationale dispose de possibilités plus limitées de modification des décisions peu satisfaisantes, car le pouvoir législatif est fragmenté – il n'y a pas un seul organe central habilité à légiférer qui pourrait corriger les règles. La possibilité de déclarer *non liquet* permet aussi aux tribunaux d'éviter de se prononcer sur les questions politiquement sensibles qui relèvent plutôt de la diplomatie que du droit. L'éventualité de *non liquet* permet de ne pas accepter le *statu quo* par la simple présomption de licéité des actes non prohibés sans création de nouvelles normes. La discussion sur le *non liquet* et l'injusticiabilité fait donc partie d'un problème plus vaste, celui du rôle des tribunaux et de leur légitimité en tant qu'organes quasi-législatifs.

IV. Le développement durable – exemple d'une norme non-existante en droit international ?

Il n'y a guère de doute sur l'existence du principe de développement durable dans de nombreux systèmes juridiques nationaux et dans le droit de l'Union européenne. L'article 5 de la Constitution polonaise dispose ainsi que « la République de Pologne assure [...] la protection de l'environnement s'inspirant

¹⁵ *Ibid.*, opinion dissidente de Mme Higgins, p. 370, en citant T. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, Martinus Nijhoff Publishers 1983, p. 14.

¹⁶ *Ibid.*, opinion dissidente de M. Koroma, p. 336, opinion dissidente de M. Shahabuddeen, p. 167-168.

du principe du développement durable »¹⁷. En France, selon l'article 6 de la Charte de l'environnement, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue successivement par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable »¹⁸. L'article 11 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et dans la mise en œuvre des politiques et des actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable »¹⁹.

En revanche, au niveau du droit international, l'existence du principe de développement durable pose certains problèmes. Son statut, en tant que norme coutumière ou principe général-du droit, au sens de l'article 38 du statut de la CIJ, fait l'objet de débats. Le principe attira l'attention des spécialistes du droit international, surtout après l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, à l'occasion de laquelle la Cour considère que « le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier le développement économique et la protection de l'environnement »²⁰. Cette constatation est ambiguë à cause de son lacunisme. D'une part, le terme est expressément mentionné par la Cour. D'autre part, une observation si laconique ne préjuge, ni de son statut, ni de son contenu. Dans le même paragraphe, la Cour fait référence aux risques qui se posent aux « générations actuelles futures », en créant un lien entre le développement durable et le concept d'équité intergénérationnelle. Cette dernière notion a un fondement éthique mais son statut juridique n'est pas clair.

A priori, le principe apparaît comme un « principe de réconciliation » entre le développement économique et la protection de l'environnement. C'est une méta-norme, une règle de conflits, qui permet d'harmoniser plusieurs buts. L'importance de la question et l'insuffisance de la réponse donnent raison au vice-président de la CIJ, Christopher Weeramantry, pour présenter son opinion individuelle. Dans son propos, il semble partager cette constatation principale de la Cour. Néanmoins, il ajoute une observation sur le statut du déve-

17 Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997, *Journal des Lois*, du 16 juillet 1997, n° 78, texte 483, traduction officielle vers la langue française est disponible sur le site de Sejm, document consultable sur : <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/francuski/kon1.htm>, référence consultée le 25 octobre 2017.

18 Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n° 0051 du 2 mars 2005 p. 3697.

19 Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Journal officiel* n° C 326 du 26/10/2012 p. 1-390.

20 *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997, § 140.

loppement durable en droit international : « J'estime [...] qu'il est plus qu'un simple concept, c'est un principe de valeur normative, crucial pour statuer en l'espèce »²¹. Cette affirmation traduit bien le problème qui est au cœur de l'injusticiabilité : l'existence et le statut d'une norme. Ensuite, Weeramantry pose une autre question et donne immédiatement une réponse : « Un tel principe, existe-t-il et s'impose-t-il à la reconnaissance en droit international ? Il faut, je crois, répondre par l'affirmative à ces deux questions. Ce principe est celui du développement durable et selon moi, il fait partie intégrante du droit international moderne. Il revêt manifestement la plus grande importance, à la fois dans la présente affaire et de façon plus générale »²².

Néanmoins, dans la doctrine de droit international, les opinions sur le statut et le contenu de principe de développement durable sont diverses. Certains spécialistes sont d'opinion que lui attribuer un statut de norme coutumière serait une « naïveté de l'aveugle »²³. Au mieux, c'est un terme générique (ang. *umbrella term*), qui n'a pas une signification indépendante mais est un conglo-mérat d'autres concepts et normes²⁴.

Selon Weeramantry l'existence d'une norme ne pose pas de problème. En analysant les approches de la Slovaquie et de la Hongrie, il arriva à la conclusion que « les Parties ne semblent pas être en désaccord sur l'existence du principe, mais plutôt sur la manière dont il doit être appliqué aux faits de l'espèce »²⁵. En fait, il se prononça en faveur du concept de principe réconciliateur : « Le problème qui consiste à tenir le cap entre les besoins du développement et la nécessité de protéger l'environnement se pose à la fois dans le droit du développement et dans celui de l'environnement. Ces deux domaines vitaux et en plein développement requièrent voire admettent l'existence d'un principe qui harmonise ces deux impératifs. Juger qu'il n'existe aucun principe juridique de ce genre, c'est juger que le droit actuel reconnaît la juxtaposition de deux principes susceptibles d'entrer en conflit, sans fournir le principe sur lequel on aurait besoin de se fonder pour les concilier. Supposer que le droit sanctionne un tel état

²¹ *Ibid.*, Opinion individuelle de M. Weeramantry, Vice-Président, p. 88.

²² *Ibid.*, p. 89.

²³ C. M. Wong, W. Guo, « Water for Whom ? Improving Water Governance in Yunnan China Through Environmental Customary Law », *Vermont Journal of Environmental Law*, n° 13, p. 306.

²⁴ V. Lowe, « Sustainable Development and Unsustainable Arguments », dans: A. Boyle, D. Freestone, *International Law and Sustainable Development. Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 26.

²⁵ Opinion individuelle de M. Weeramantry, Vice-Président, p. 90.

d'anarchie normative est une proposition qu'on ne saurait retenir et qui suffit à condamner une hypothèse aboutissant à des résultats si peu satisfaisants »²⁶.

Après l'affaire Gabčíkovo-Nagymaros, le développement durable est encore mentionné dans la sentence du tribunal arbitral à l'occasion du différend relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »). Les arbitres font référence au litige hongro-slovaque en lui imputant une fonction de méta-norme : « Le droit de l'environnement et le droit applicable au développement ne constituent pas des alternatives, mais des concepts intégrés se renforçant mutuellement ; ainsi, lorsque le développement risque de porter atteinte de manière significative à l'environnement, il doit exister une obligation d'empêcher, ou au moins d'atténuer, ce dommage »²⁷. Mais dans le passage suivant les arbitres mentionnent, que « la simple évocation de ces questions n'apporte pas les réponses dans le présent arbitrage concernant ce qui peut ou ne peut pas être fait, ou par qui et à quel prix »²⁸. Alors les arbitres ne semblent pas douter de la valeur normative du principe de développement durable, mais ils ont des doutes sur la manière dont il pourrait donner une réponse précise à la réconciliation du développement économique avec les autres valeurs. Cette idée correspond au caractère relatif du principe de développement durable selon lequel « [c]e sont les Parties elles-mêmes qui doivent trouver, d'un commun accord, une solution qui tienne compte des objectifs du traité »²⁹. Un tel renvoi *in blanco* à la volonté subjective des parties mène à un autre type d'injusticiabilité, celle de l'obscurité du droit.

Dans l'affaire relative à des usines des pâtes à papier (Argentine c. Uruguay) la CIJ constate encore, que « l'objectif du développement durable [...] est celui de trouver un équilibre entre l'utilisation et la protection des eaux du fleuve »³⁰. Cet objectif a quand même une conséquence normative : « c'est en coopérant que les États concernés peuvent gérer en commun les risques de dommages à l'environnement qui pourraient être générés par les projets initiés par l'un ou l'autre d'entre eux, de manière à prévenir les dommages en question, à travers la mise en œuvre des obligations tant de nature procédurale que de fond. Cependant, alors que les obligations de fond sont libellées le plus souvent en termes généraux, les obligations de nature procédurale sont plus circonscrites

26 *Ibid.*

27 Sentence de tribunal arbitral dans le cadre de l'arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer (« Ijzeren Rijn »), la Haye 24 mai 2005, § 59.

28 *Ibid.*, § 60.

29 Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997, § 141.

30 Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt, C.I.J. Recueil 2010, § 177.

et précises »³¹. Alors, agir selon le standard de développement durable signifie réaliser l'obligation de coopération. La nature de l'obligation de coopération fait pour sa part aussi l'objet d'opinions diverses. L'article 1^{er}, alinéa 3, de la Charte des Nations Unies exprime un des buts de l'organisation : « réaliser la coopération internationale ». Ce principe fut ensuite développé par l'Assemblée Générale, qui proclama la Déclaration relative aux principes du droit international touchant aux relations amicales et à la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies³². Patricia Wouters et Dan Tarlock, en s'appuyant sur ces deux sources, concluent que cette obligation a un statut de norme *erga omnes in statu nascendi*³³. Cette constatation est encore renforcée par une observation, dans l'affaire des usines de pâte à papier, dans laquelle la CIJ souligne l'importance de « l'obligation de veiller à ce que la CARU [commission administrative du fleuve Uruguay] [...], puisse continûment exercer les pouvoirs que lui confère le statut »³⁴. L'obligation de coopérer est exprimée encore plus spécifiquement dans l'opinion individuelle du juge Greenwood. Selon lui l'obligation de coopérer signifie l'obligation de négocier : « [elle] n'emporte pas l'obligation de voir les négociations aboutir à une issue donnée, il impose néanmoins aux parties de se comporter de telle manière que ces négociations aient un sens [...] le devoir de négocier de bonne foi »³⁵. L'obligation de coopérer se traduit donc plus précisément par les obligations procédurales dont les exemples sont ceux « d'informer, de notifier et de négocier »³⁶.

En revanche, la nature juridique de l'obligation de coopération, notamment celle du principe de développement durable, est controversée. Dans les travaux préparatoires de la Commission de droit international, Carlos Calero-Rodrigues la qualifie de « vague et très générale », et Paul Reuter d'« une formule fourre-tout », d'« une étiquette désignant toute une série d'obligations »³⁷. Enfin, il semble qu'au sein de la Commission, l'opinion affirmative prévale : « le fait que les États soient libres de déterminer les modalités de leur coopé-

³¹ *Ibid.*, § 77.

³² Assemblée Générale, 25^{ème} Session, 24 octobre 1970, A/res/25/2625.

³³ P. Wouters, D. Tarlock, « The Third Wave of Normativity in Global Water Law. The duty to cooperate in the peaceful management of the world's water resources: an emerging obligation erga omnes ? », *Journal of Water Law*, n° 23, s. 31 ; P. Wouters, « Dynamic cooperation' in international law and the shadow of state sovereignty in the context of transboundary waters », *Environmental Liability*, n° 3, s. 90.

³⁴ Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), § 266.

³⁵ *Ibid.*, opinion individuelle de M. le juge Greenwood, § 16.

³⁶ *Ibid.*, § 81.

³⁷ Annuaire de la Commission de droit international, 1987, vol. 1, p. 74, § 13 ; p. 78, § 14, 16.

ration ne prive pas ce principe de son contenu juridique », « le principe de la coopération n'est pas seulement un grand principe mais aussi une obligation juridique »³⁸.

Force est de constater que l'obligation de coopération appartient déjà au droit coutumier international, mais en même temps, elle constitue plutôt une compilation des autres obligations déjà existantes, notamment celles mentionnées dans l'affaire du Lac Lanoux. Dans la sentence, les arbitres clarifièrent que « la réalité des obligations [...] peut être sanctionnée, par exemple, en cas de rupture injustifiée des entretiens, de délais anormaux, de mépris des procédures prévues, de refus systématiques de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses, plus généralement en cas d'infraction aux règles de la bonne foi »³⁹.

Le cas du développement durable expliqué par la référence au principe de coopération ressemble davantage à une situation d'une norme « obscure » que d'une norme « non-existante ». C'est un principe tellement vague qu'en tirer des conséquences plus précises serait susceptible de mener à un « despotisme judiciaire » dans lequel les juges pourraient imposer leur volonté arbitraire.

V. Conclusions

Le principe de développement durable sert d'exemple à l'analyse du problème de l'injusticiabilité. Il est pertinent pour deux raisons, tenant à l'existence d'une norme et à son contenu. La non-existence d'une norme mènera à la situation d'un vide juridique. Il semble quand-même que, malgré certains doutes, le statut obligatoire de ce principe est déjà affirmé en droit international. En revanche, son contenu n'est pas suffisamment clair. Le manque de précision provoque une obscurité de droit – le sens propre de la notion *non liquet*. Le développement durable joue le rôle d'un principe conciliatoire entre progrès économique et d'autres valeurs, telles que la protection de l'environnement. Selon la CIJ, la réconciliation doit se dérouler par la coopération à laquelle les États sont obligés de participer. Néanmoins, le statut de cette dernière obligation est également incertain, surtout en ce qui concerne son contenu. Il semble que

38 *Ibid.*, p. 88, § 52.

39 Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), Recueil des Sentences Arbitral, 16 novembre 1957, vol. 12, p. 307, § 11.

l'obligation de coopérer ne soit qu'un dénominateur commun des autres normes du droit international, comme notamment celle instaurant une obligation de négocier de bonne foi. Cette explication éclaire le contenu du principe de développement durable de manière insuffisante. Logiquement, la CIJ commet une erreur d'*ignotum per ignotius* – de l'explication d'un terme indéfini à l'aide d'un autre terme imprécis.

Ces analyses nous mènent également à une conclusion plus générale qui concerne l'utilité pratique et théorique du concept d'injusticiabilité. Le doute est surtout justifié par la multiplicité de termes, de concepts et de notions auxquels il renvoie. Ceci étant, son utilité peut être discernée dans la gestion du système judiciaire et dans le diagnostic des raisons des situations ambiguës en droit. L'exercice de la justice par l'État signifie la résolution des conflits juridiques⁴⁰. Selon le modèle classique, la fonction de rendre justice aboutit à un jugement. Les affaires injusticiables peuvent donc construire une catégorie dans la statistique et l'administration de justice. En Pologne, une catégorie similaire fonctionne en matière de gestion judiciaire, comme le démontrent les affaires « non-traitées au fond »⁴¹. L'analyse et la catégorisation des injusticiabilités peuvent donc conduire à l'optimisation de la gestion judiciaire.

40 L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Varsovie 2007, p. 332.

41 En polonais : « sprawy niezalutowane merytorycznie », Ordonnance de Ministre de la justice du 12 Décembre de 2003, sur l'organisation et la portée des activités des secrétariats judiciaires et d'autres départements de l'administration judiciaire, Journal officiel de Ministre de la justice, 31 décembre 2003, avec amendements, § 471.

Le refus de renvoi préjudiciel obligatoire : un cas d'injusticiabilité ?

Ermanno Calzolaio, Professeur de droit comparé –
Université de Macerata (Italie)

Introduction : le pouvoir discrétionnaire des juridictions nationales de dernière instance

Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne constitue sans doute un des mécanismes qui a le plus favorisé le développement du droit de l'Union. Dès les années 1960, c'est par des arrêts prononcés à la suite des sollicitations des juges nationaux que la Cour a pu énoncer les principes fondamentaux qui forment, encore aujourd'hui, les piliers de l'édifice juridique européen¹.

Comme on le sait, l'article 267 TFUE (qui reprend l'article 234 CEE) prévoit que la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités et sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (al. 1). Lorsqu'une question d'interprétation du droit primaire (ou de validité d'un acte) est soulevée devant une juridiction d'un État membre, si cette dernière « estime qu'une décision

¹ La Cour de justice elle-même n'hésite pas à définir le mécanisme du renvoi préjudiciel comme la pierre angulaire du système juridique établi par les Traités ; à cet égard, v. CJCE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, § 176 et 198.

sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement », elle « peut » demander à la Cour de statuer sur cette question (al. 2). S'il s'agit d'une juridiction dont la décision à venir ne sera plus susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne, elle est « tenue de saisir la Cour » (al. 3).

La norme est donc très clairement formulée dans le sens d'imposer une obligation sur les juridictions de dernière instance des États membres. Toutefois, cette obligation ne signifie pas que toute difficulté d'interprétation du droit de l'Union impose un renvoi préjudiciel. C'est pourquoi, à partir de la jurisprudence *Cilfit*², la Cour a précisé que les juridictions de dernière instance jouissent du même pouvoir d'appréciation que toutes les autres juridictions nationales pour vérifier si une question d'interprétation se pose et si cette question est déterminante pour trancher le litige. Il ne suffit donc pas qu'une partie soumette que le litige soulève une difficulté d'interprétation pour engager l'obligation de renvoi. Au contraire, la juridiction nationale doit, d'abord, évaluer si effectivement une difficulté d'interprétation se pose et, ensuite, si elle est déterminante pour trancher le litige. À cet égard, dans l'affaire *Cilfit* la Cour de Justice a affirmé qu'« une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente, ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la cour, ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté »³. En l'absence de ces conditions, l'obligation de renvoi n'est pas constituée⁴.

Le pouvoir discrétionnaire de la juridiction supérieure saisie d'une question d'interprétation du droit de l'Union s'avère essentiel pour permettre, d'abord, un dialogue effectif entre les juges nationaux et la Cour de Justice, et pour

² CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit*, Rec. CJCE, 1982, p. 3415.

³ *Ivi*, n° 21.

⁴ Pour un encadrement général v. J. Pertek, Renvoi préjudiciel, *JurisClasseur Europe*, fasc. 362, 2016. V. aussi D.P. Domenicucci, Il meccanismo del rinvio pregiudiziale : istruzioni per l'uso, *Contratto e Impresa/Europa*, 2014, p. 31 et s.

éviter, ensuite, le risque que cette dernière soit submergée par une quantité ingérable de questions préjudicielles. En effet, il arrive souvent que la question d'interprétation soit soulevée alors que la Cour a adopté sur cette question une jurisprudence claire et bien établie, qui ne nécessite pas d'être remise en cause. La Cour a ainsi mis en évidence (toujours à partir de l'arrêt *Cilfit*) les circonstances qui sont de nature à exonérer la juridiction statuant en dernière instance de l'obligation de la saisir. C'est le cas, notamment, lorsque la question a reçu une réponse dans une décision préjudicielle antérieure, et quand il existe sur ce point une jurisprudence établie de la Cour permettant d'évacuer tout doute raisonnable sur la manière de résoudre la question. Tout cela permet d'affirmer qu'il est indéniable que, même si le droit de l'Union ne connaît pas la règle du précédent jurisprudentiel, la Cour elle-même essaie de se conformer à ses précédents ; de leur côté, les juges nationaux ont la tendance à les suivre spontanément⁵.

Le pouvoir discrétionnaire des juridictions de dernière instance a été tout récemment réaffirmé par la CJUE : « il appartient à la seule juridiction nationale d'apprécier si l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable et, en conséquence, de décider de s'abstenir de soumettre à la Cour une question d'interprétation du droit de l'Union qui a été soulevée devant elle. À cet égard, l'existence, à elle seule, de décisions contradictoires rendues par d'autres juridictions nationales ne saurait constituer un élément déterminant susceptible d'imposer l'obligation énoncée à l'article 267, troisième alinéa, TFUE. La juridiction statuant en dernier ressort peut en effet estimer, nonobstant une interprétation déterminée d'une disposition du droit de l'Union effectuée par des juridictions subordonnées, que l'interprétation qu'elle se propose de donner de ladite disposition, différente de celle à laquelle se sont livrées ces juridictions, s'impose sans aucun doute raisonnable ». En revanche, le devoir de renvoi subsiste dans les circonstances « marquées à la fois par des décisions divergentes d'instances juridictionnelles inférieures quant à l'interprétation de cette notion et par des difficultés d'interprétation récurrentes de celle-ci dans les différents États membres »⁶.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, un interstice reste ouvert permettant à une juridiction nationale de dernière instance d'échapper à l'obli-

⁵ Nous nous permettons de renvoyer à E. Calzolaio, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, *Rivista Critica Diritto Privato*, 2009, p. 41 et s.

⁶ CJUE, 9 septembre 2015, C-160/14, J.F.F. c. Estado portugês, n° 40 et s.

gation de saisir la Cour. Cela peut par exemple arriver si le juge fait référence à une jurisprudence de la Cour, en soutenant que la question a été déjà tranchée, même si en réalité, à la lumière d'autres arrêts, une clarification de la Cour s'avérerait opportune. Il peut aussi arriver que le juge ne saisisse pas la Cour, sans que cette absence de saisine ne soit justifiée, ni même motivée. Dans de telles hypothèses, la question d'interprétation est tout simplement ignorée.

Sommes-nous confrontés à un cas d'injusticiabilité ?

La notion d'injusticiabilité renvoie en effet à l'impossibilité pour un requérant d'obtenir justice, c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige⁷. En principe, donc, on pourrait estimer que si une juridiction supérieure saisie d'une question d'interprétation du droit de l'Union ne renvoie pas à la Cour, par une motivation discutable ou voire sans motivation, le justiciable est privé de la possibilité, prévue par la loi, que le juge « naturel » (c'est-à-dire la CJUE) se prononce.

Pour établir si on se trouve en présence d'une injusticiabilité, il faut alors vérifier si, face à un refus de renvoi, des remèdes effectifs sont envisageables : d'abord, au niveau du droit de l'Union et de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (II) ; ensuite, selon les règles du droit interne, en prenant comme exemple l'expérience italienne (II). Cette analyse nous conduira, enfin, à esquisser des remarques conclusives pour essayer de répondre à l'interrogatif suggéré dans le titre de notre propos.

I. L'éventail des remèdes envisageables au niveau du droit de l'Union

A. LE RECOURS EN MANQUEMENT

Concernant les remèdes prévus par le droit de l'Union, la première possibilité qu'il faut prendre en considération est la procédure pour manquement d'État. En effet, la violation de l'article 267 TFUE, qui impose le renvoi préjudiciel aux juridictions de dernière instance, constitue un manquement au sens de l'article 258 TFUE, lequel serait susceptible de faire l'objet de la procédure de constatation de manquement prévue par l'article 260 TFUE.

⁷ P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités en droit public interne », *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, éd. P. Serrand et P. Szwedo, Mare et Martin, 2014, p. 106.

Toutefois, les limites de cette procédure sont évidentes. Le recours n'étant pas ouvert aux particuliers, ceux-ci ne peuvent que dénoncer à la Commission l'adoption d'une décision contraire au droit de l'Union. Par conséquent, l'action visant à faire cesser ce manquement est, pour l'essentiel, dans les mains de la Commission et celle-ci ne fait guère usage de cette possibilité⁸.

En outre, même en imaginant que la Commission décide d'intervenir, l'arrêt qui serait prononcé par la Cour de justice pourrait seulement constater le manquement et l'État intéressé devrait alors adopter les mesures nécessaires. Mais il est fort vraisemblable que d'ici-là l'arrêt national à la base du refus de renvoi préjudiciel ait acquis l'autorité de la chose jugée. A cet égard, la Cour de justice a toujours affirmé que le droit de l'Union respecte le principe de *res judicata*, même dans le cas où par la rémission en question d'un arrêt définitif on pourrait remédier à une violation du droit de l'Union⁹. Donc, selon le droit de l'Union, la violation de l'article 267 TFUE ne comporte pas l'invalidité de la décision de la Cour nationale qui a manqué de proposer un renvoi préjudiciel.

Bref, au-delà du fait que la procédure pour manquement d'État n'a été presque jamais utilisée pour réagir à un refus de renvoi préjudiciel¹⁰, en tout cas elle serait dépourvue de toute efficacité.

B. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR VIOLATION DU DROIT DE L'UNION

Un autre remède mérite d'être considéré plus en profondeur car il apparaît à première vue plus satisfaisant. Il procède de la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union.

Sans pouvoir entrer dans les détails, rappelons que la Cour de justice a défini, à partir de la jurisprudence *Francoovich* (1991) et *Brasserie du Pêcheur – Factortame* (1996), les conditions garantissant un droit à obtenir réparation au profit des particuliers, en indiquant que « les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État ouvre un droit à réparation dépendent de la nature de la violation du

⁸ C. Schepisi, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003, p. 140.

⁹ V. à ce sujet M. Broberg, « National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference : The (Possible) Consequences Flowing Therefrom », *European Public Law*, 2016, p. 254.

¹⁰ La Commission a entamé une procédure contre la Suède pour réclamer le respect de l'art. 267(3) TFEU et, à la suite de cette intervention, la Suède a adopté une loi imposant aux juges de motiver en cas de refus de renvoi par une juridiction de dernière instance. V. M. Broberg, *op. cit.*, p. 251 et s.

droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé »¹¹. Il s'agit, selon la Cour de justice, de sauvegarder la pleine efficacité des normes communautaires, la protection effective des droits que ces normes reconnaissent, et l'obligation de coopération qui pèse sur les États membres. Dans l'arrêt *Francovich*, la Cour de Justice considère que, lorsqu'un État membre omet de transposer une directive dans les délais requis, la pleine efficacité du droit communautaire impose l'ouverture d'un droit à réparation dès que trois conditions sont réunies : a) le résultat prescrit par la directive doit comporter l'attribution de droits au profit des particuliers ; b) le contenu de ces droits doit pouvoir être identifié sur la base des dispositions de la directive en cause ; c) il doit exister un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par la personne lésée. Dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, la Cour a précisé les conditions ouvrant droit à réparation, en s'inspirant des solutions adoptées sur le fondement de l'article 288, alinéa 2, du Traité de la CE (ex-art. 215) relatif à la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Selon la Cour de justice, « la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage » (point 42).

A partir de l'arrêt *Köbler* (2003), puis dans l'affaire *Traghetti del Mediterraneo* (2006)¹², le principe de responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire a été étendu aux violations commises par les juridictions suprêmes nationales. La Cour de justice rappelle à cet égard que l'applicabilité directe du droit communautaire concerne tout organe d'un État membre, y compris les juges, aux fins de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire : le juge national « chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »¹³. En application de ce principe, le juge national est tenu d'appliquer la jurisprudence de la Cour

¹¹ CJCE, 19 nov. 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich c. Italie* ; CJCE, 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* ; CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, Rec. I. 2553. V. en général M. Hindré-Guéguen, « Responsabilité (des États membres) », *Rép. Dr. Européen*.

¹² CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo c/ République italienne*, aff. C-173/03.

¹³ Affaire *Simmenthal* (CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. I. 629).

de justice et de consacrer pleinement la responsabilité pour faute du législateur national. La violation de ces obligations peut être la source d'une action tendant à engager la responsabilité de l'État.

Se référant à la jurisprudence *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, la Cour indique que, « eu égard au rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires, la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort ». Elle précise en outre « qu'une juridiction statuant en dernier ressort constitue par définition la dernière instance devant laquelle les particuliers peuvent faire valoir les droits que le droit communautaire leur reconnaît. Une violation de ces droits par une décision d'une telle juridiction qui est devenue définitive ne pouvant normalement plus faire l'objet d'un redressement, les particuliers ne sauraient être privés de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir par ce biais une protection juridique de leurs droits ». La Cour en conclut qu'« il découle des exigences inhérentes à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit communautaire qu'ils doivent avoir la possibilité d'obtenir devant une juridiction nationale réparation du préjudice causé par la violation de ces droits du fait d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort ».

L'affirmation de la responsabilité de l'État du fait de la violation du droit de l'Union par les juges nationaux est ainsi parfaitement claire. En même temps, toutefois, sa mise en œuvre s'avère bien complexe, surtout en cas de refus de renvoi préjudiciel.

Le problème concerne surtout la deuxième condition prévue pour engager la responsabilité de l'État, à savoir que la violation du droit de l'Union soit suffisamment caractérisée. Selon la Cour de justice, cela se vérifie en cas de « méconnaissance manifeste et grave, par un État membre, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation » et, à cette fin, la juridiction compétente peut prendre en considération : « le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises

par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire. En tout état de cause, une violation du droit communautaire est manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré le prononcé d'un arrêt constatant le manquement qu'elle a constitué, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, desquels résulte le caractère infractionnel du comportement en cause » (aff. *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, n° 4).

Pour ce qui concerne spécifiquement la responsabilité de l'État du fait du juge, la Cour de justice a précisé que cette condition doit être interprétée de façon stricte et la responsabilité peut venir en cause seulement dans le cas exceptionnel où le juge a manifestement violé le droit en vigueur (aff. *Köbler*, n° 52 et 53).

En définitive, la responsabilité de l'État du fait d'un refus de renvoi préjudiciel s'avère donc aussi être un remède d'une efficacité limitée.

II. Le droit à un procès équitable entre Convention Européenne et droit interne

A. LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE : L'ARRÊT DHABBI C. ITALIE

Il convient ici de vérifier si d'autres remèdes sont envisageables, notamment au niveau du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

A cet égard, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer sur un cas de refus de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice par la Cour de Cassation italienne, dans l'arrêt *Dhabbi c Italie*, sur lequel nous souhaiterions attirer l'attention¹⁴.

Cette affaire concernait un ressortissant tunisien qui s'était rendu en Italie sur la base d'un permis de séjour et de travail, et qui avait été régulièrement embauché par une société. Sa famille comprenait son épouse et leurs quatre enfants mineurs. Selon la loi italienne, l'allocation de foyer familial est octroyée aux familles composées de ressortissants italiens résidant en Italie, avec au moins trois enfants mineurs, lorsque leur revenu annuel est inférieur à un certain montant. Le requérant considérait que, même s'il n'avait pas la

¹⁴ Cour EDH, 8 avril 2014, *Dhabbi c Italie*, document consultable sur : <http://hudoc.echr.coe.int/>, référence consultée le 25 octobre 2017. L'arrêt a été publié en italien dans *Foro it.*, 2014, IV, c. 285 s. et il a suscité l'attention de la doctrine. V. tout récemment M. Broberg, *op. cit.* p. 243.

nationalité italienne, comme l'exigeait la loi, l'allocation lui était due en vertu de l'accord d'association entre l'Union européenne et la Tunisie (dit « Accord euro-méditerranéen »). Selon cet accord, les travailleurs de nationalité tunisienne et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient, dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés. En première instance, le Tribunal avait rejeté la demande du requérant, car la notion de « sécurité sociale » concerne les prestations de maladie et de maternité, les prestations d'invalidité, de vieillesse... ; mais elle ne rend pas applicables les autres règles de coordination prévues par la réglementation communautaire. Devant la Cour d'appel, le requérant a demandé, entre autre, que soit posée à titre préjudiciel à la Cour de justice la question de savoir si, selon l'Accord euro-méditerranéen, il était permis de refuser à un travailleur tunisien l'allocation familiale. La Cour d'appel a confirmé le rejet, étant donné que l'Accord euro-méditerranéen ne concernait que les prestations de prévoyance et n'était donc pas applicable à l'allocation de foyer familial.

Saisie de la question, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi, sans proposer le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice, et sans motiver son refus, se limitant à souligner que son interprétation ne se fondait pas seulement sur la référence textuelle à la « sécurité sociale » mais, comme indiqué par la Cour de justice, sur les éléments constitutifs de chaque prestation.

Ayant épuisé les voies de recours internes, le requérant a alors saisi la Cour EDH, en lui demandant d'apprécier la violation par l'État italien de l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable), au motif que la Cour de cassation italienne avait ignoré sa demande de question préjudicielle à la Cour de Justice de l'UE relativement à l'interprétation de l'Accord euro-méditerranéen.

La Cour EDH a accueilli le recours, en considérant que si les juridictions de dernière instance refusent de saisir la CJUE à titre préjudiciel, elles doivent « motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice. Il leur faut donc indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, ou que la disposition de droit de l'UE en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la CJUE, ou encore que l'application correcte du droit de l'UE s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ». Or, poursuit la Cour, dans l'arrêt de la Cour de cassation, il n'y a « aucune référence à la demande

de renvoi préjudiciel formulée par le requérant et aux raisons pour lesquelles il a été considéré que la question soulevée ne méritait pas d'être transmise à la CJUE. La motivation de l'arrêt litigieux ne permet donc pas d'établir si cette question a été considérée comme non pertinente, ou comme relative à une disposition claire ou déjà interprétée par la CJUE, ou bien si elle a été simplement ignorée [...] Ce constat suffit pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ».

L'enseignement que l'on peut tirer de cet arrêt est que la juridiction de dernière instance, sollicitée à saisir la Cour de Justice de l'UE d'une question d'interprétation du droit de l'Union, doit motiver son refus de renvoi préjudiciel, en faisant référence aux critères établis par la Cour de Justice. Autrement, on se trouve en présence d'une violation du droit à un procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention.

B. LES REMÈDES ENVISAGEABLES AU NIVEAU DU DROIT INTERNE : L'EXPÉRIENCE ITALIENNE

Sous réserve de considérer par la suite la portée réelle de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État selon la Convention Européenne du Droit de l'Homme, il convient maintenant de vérifier si d'autres remèdes sont envisageables au niveau du droit interne des États membres. On prendra en considération, à cet égard, l'expérience italienne, notamment la jurisprudence de la Cour de Cassation sur l'irrecevabilité du pourvoi contre les arrêts du Conseil d'État.

Il s'agit d'une question délicate car, en droit italien, les arrêts du Conseil d'État sont définitifs et ils ne peuvent pas être contestés devant la Cour de Cassation, sauf lorsqu'il s'agit de trancher une question de juridiction, comme le prévoit expressément la Constitution (art. 111, al. 8), le code du procès administratif (art. 110), et le code de procédure civile (art. 362, al. 1).

Les « motifs concernant la juridiction » sont un concept juridique assez indéterminé. C'est donc la jurisprudence qui l'a précisé. Elle se fonde pour cela sur la distinction entre limites externes et internes de la juridiction. Les limites externes concernent la délimitation du périmètre dans lequel le juge peut se prononcer, eu égard à la compétence d'autres juges et aux attributions des autres pouvoirs étatiques. Le dépassement de ces limites implique un excès de pouvoir juridictionnel, qui se vérifie notamment en cas d'invasion de la compétence ré-

servée à un autre juge (par exemple si le juge administratif se prononce dans un cas qui relève de la compétence du juge ordinaire), ou bien quand le juge viole la compétence des autorités administratives (par exemple, si le juge administratif se substitue à l'administration dans l'appréciation des circonstances qui relèvent de sa compétence exclusive), ou, enfin, s'il porte atteinte à la compétence du législateur. Dans toutes ces hypothèses la Cour de cassation peut annuler les décisions du Conseil d'État. À l'inverse, le recours est irrecevable en cas de dépassement des limites internes, c'est-à-dire quand le juge administratif commet une faute dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel, et donc viole la loi (*errores in iudicando* ou *in procedendo*)¹⁵.

La distinction entre limites externes et internes, si claire en principe, s'avère en réalité assez difficile à appliquer concrètement, et la jurisprudence de la Cour de cassation est parfois contradictoire. En effet, dans des arrêts récents, la Cour semble adopter une notion plus large de compétence juridictionnelle, en affirmant que cette notion ne se limite pas à inclure les questions qui concernent la répartition des compétences au sens stricte, mais aussi celles qui établissent jusqu'à quel point chaque juge est tenu d'exercer le pouvoir-devoir de *ius dicere*. Par exemple, dans un arrêt prononcé en 2015 la Cour s'est trouvée confrontée à un cas où, avant que l'arrêt du Conseil d'État attaqué n'ait acquis l'autorité de la chose jugée, la Cour de Justice de l'UE avait adopté une interprétation différente de celle suivie par le juge administratif. Dans ce cas, elle a accueilli le pourvoi contre l'arrêt du Conseil d'État, en tenant compte de l'évolution du concept de juridiction, afin d'assurer, à la fois, la primauté du droit de l'Union, l'interprétation uniforme de ce droit, et le respect du principe du procès équitable. La Cour a alors affirmé que les « motifs de juridiction » concernent non seulement la violation des normes attributives du pouvoir juridictionnel, mais aussi de celles qui donnent contenu à son exercice. Dans le cas d'espèce, le pourvoi a donc été accueilli afin d'éviter qu'un arrêt non conforme au droit de l'Union puisse acquérir l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, en dépit de ces ouvertures, la Cour de cassation nie régulièrement la recevabilité des pourvois contre des arrêts du Conseil d'État ayant refusé de proposer un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice. Bien qu'on puisse soutenir que l'absence de renvoi constitue bien un dépassement des limites externes de

¹⁵ Pour un cadre de synthèse, v. F. Dinelli-G. Palazzesi, La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione : una « innovativa conferma », *Giur. It.*, 2015, p. 942.

la compétence juridictionnelle, la Cour estime au contraire que « l'absence de renvoi préjudiciel ne constitue pas une question relevant du débordement de compétence juridictionnelle du juge administratif », car il s'agit d'un vice qui intègre une *error in procedendo*¹⁶.

Ainsi, demeure en l'état actuel du droit italien le principe selon lequel le refus de renvoi préjudiciel par le Conseil d'État n'est pas attaquant devant la Cour de cassation pour des « motifs de juridiction ». En définitive, un « droit d'accès à la Cour de justice » ne semble pas envisagé et on voit bien que l'obligation de renvoi prévue par l'article 267 TFUE risque de rester lettre morte.

D'un point de vue comparatif, une approche plus nuancée est adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Elle considère que la Cour de justice de l'UE est le « juge légal » pour les questions d'interprétation du droit de l'Union. Par conséquent, si un arrêt d'une Cour allemande – même rendu en dernière instance – refuse un renvoi préjudiciel, cela peut comporter une violation de la Constitution si la motivation du refus est manifestement intenable (*unhaltbar*)¹⁷. L'article 101 de la Loi Fondamentale prévoit en effet que nul ne doit être soustrait à son juge légal. Le contrôle de la Cour constitutionnelle allemande ne vise pas à protéger des erreurs d'interprétation, mais plutôt à vérifier si on se trouve en présence de décisions arbitraires de la part des juges. Cela peut arriver, notamment, si un arrêt ne considère point la possibilité de proposer un renvoi préjudiciel, ou s'il se détache volontairement d'une claire interprétation déjà adoptée par la Cour de justice, ou, enfin, s'il ne suit pas la jurisprudence de la Cour de justice sans une motivation raisonnable¹⁸. L'exemple allemand s'avère très intéressant, bien qu'il reste plutôt isolé. En effet, dans la majorité des États membres, la situation ne s'éloigne pas significativement de l'expérience italienne¹⁹.

¹⁶ Cass., sez. un., 4 février 2014, n° 2403, document consultable sur : www.iusexplorer.it, référence consultée le 25 octobre 2017. Tout récemment, la Cour de Cassation italienne a confirmé encore une fois cette approche : E. Calzolaio *L'elusione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, commentaire à Cass., sez. un., 14 décembre 2016, n° 25629, in *Foro it.*, 2017, I, 584.

¹⁷ BVerG, 2 BvR, 2661/06, 6 juillet 2010, document consultable sur : https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/07/rs20100706_2bvr266106.html, no 90, référence consultée le 25 octobre 2017.

¹⁸ V. R. Valutyte, « Legal Consequences for the Infringement of the Obligation to Make a Reference for a Preliminary Ruling under Constitutional Law », *Jurisprudencija*, 2012, p. 1171 et s., qui analyse aussi l'approche similaire adoptée par la Cour Constitutionnelle Tchèque.

¹⁹ V. par exemple S. Platon, « La pratique du Conseil d'État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA*, 2015, p. 260 ; D. Szymczak, « Convention européenne des droits de l'homme et questions préjudicielles », *ivi*, p. 268. V. aussi, pour une étude approfondie, F. Ferraro,

Conclusion : l'obligation de renvoi face au « citoyen européen »

À la lumière des considérations précédentes, on peut maintenant tirer quelques remarques conclusives pour tenter de répondre à la question posée au début de notre propos.

Le mécanisme du renvoi préjudiciel présuppose que la juridiction de dernière instance puisse évaluer si la question d'interprétation du droit de l'Union soulevée est fondée. Le juge dispose ici d'un large pouvoir discrétionnaire, ce qui porte atteinte à l'efficacité de ce mécanisme.

Au niveau du droit de l'Union, le recours en manquement d'État, au sens de l'article 258 TFUE, n'est pas plus satisfaisant, car ce remède n'est pas ouvert aux particuliers. En outre, la Commission n'a presque jamais utilisé la procédure de constatation de manquement prévue par l'article 260 TFUE.

Quant à l'action au titre de responsabilité de l'État, pour violation du droit de l'Union de la part du juge, elle est soumise à des conditions très restrictives, et leur application aux hypothèses de refus de renvoi s'avère improbable. En effet, en cas de refus motivé, pour contester l'appréciation du juge il faudrait être en présence d'une méconnaissance grave de la jurisprudence de la Cour, ou d'une motivation totalement irrationnelle, ce qui est difficile à imaginer. Même dans le cas où l'absence de renvoi est dépourvue de motivation, la recherche de la responsabilité de l'État ne serait non plus évidente, car il faudrait vérifier si la saisine de la Cour de Justice était en l'espèce nécessaire. Cela, par ailleurs, rend sans fondement l'argument utilisé par la Cour de cassation italienne, selon lequel l'ordre juridique interne assure une protection effective en permettant d'agir pour réclamer des dommages-intérêts pour violation du droit de l'Union²⁰.

Une autre possibilité, qui met toujours en cause la responsabilité de l'État, procède de l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg ayant estimé dans l'affaire *Dhabbi* que l'État est responsable au sens de l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable) si un arrêt prononcé par une juridiction de dernière instance refuse sans mo-

« The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling », *Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 589.

20 L'arrêt de la Cour de cassation italienne cité plus haut (note 16) fait référence notamment à la jurisprudence de la Cour de justice, *Köbler c. Autriche*, 30 septembre 2003, C-224/01 et *Traghetti del Mediterraneo c. Italie*, 13 juin 2006, C-173/03.

tivation de soulever le renvoi préjudiciel à la CJUE. Toutefois, selon la Cour, la Convention n'exige que l'existence d'une motivation du refus, sans aucune appréciation de sa pertinence. Il s'ensuit que, même au niveau du droit conventionnel, la recherche de la responsabilité de l'État n'est pas une solution satisfaisante.

Au-delà des limites liées aux conditions restrictives prévues pour engager la responsabilité de l'État, une remarque plus générale s'impose : même dans les (rares) cas de condamnation de l'État, la Cour de Justice resterait de toute façon privée de la possibilité de se prononcer sur la correcte application du droit de l'Union. Le problème de l'injusticiabilité serait donc intact. On peut même observer que le fait que la seule réaction envisageable soit la recherche de la responsabilité de l'État confirme, à bien regarder, l'injusticiabilité, c'est-à-dire l'impossibilité d'obtenir une décision juridictionnelle.

Il semble alors nécessaire de rechercher d'autres solutions, notamment au niveau des droits internes des États membres. À cet égard, l'expérience italienne montre un manque de conscience du réel enjeu du refus du renvoi préjudiciel, qui consiste précisément dans le fait de laisser ouverte une zone d'ombre susceptible de porter atteinte à l'effectivité du droit de l'Union. Cela devrait suggérer d'exploiter plus à fond les moyens qui seraient disponibles, comme par exemple le pourvoi en Cassation contre les arrêts du Conseil d'État pour « motifs de juridiction ». La Cour de cassation italienne adopte pourtant une approche stricte, qui exclut que la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel constitue un dépassement des limites internes de la juridiction. Elle refuse donc de vérifier si le refus est justifié ou, au contraire, arbitraire. La même situation se présente, en général, dans les autres droits nationaux, à la seule exception du droit allemand. Ce dernier reconnaît que la Cour de justice est bien le « juge naturel » pour établir la correcte interprétation du droit de l'Union ; par conséquent, si un juge refuse le renvoi préjudiciel, cela peut conduire, dans certaines circonstances, à l'annulation de l'arrêt.

En définitive, un changement de perspective s'impose, si on veut conjurer le danger que le refus de renvoi conduise à une situation d'injusticiabilité, ce qui résulte, à bien regarder, de la volonté d'un juge interne soucieux de limiter l'intervention de la Cour de Justice²¹. L'exemple allemand montre qu'il est possible de rechercher des solutions à partir des moyens prévus dans les droits internes.

21 Pour un encadrement des différentes catégories d'injusticiabilités, v. les propos introductifs à ce volume.

A cette fin, une piste de réflexion est offerte par les considérations proposées en doctrine sur la notion de citoyenneté européenne, visant à mettre en relief que le droit de l'Union, loin d'être un ordre juridique séparé, s'intègre au contraire aux droits internes, pour ce qui concerne notamment la dotation de droits (et de devoirs) en faveur de *ses* citoyens.

En effet, avec le Traité de Lisbonne une nouvelle phase de l'intégration européenne s'accomplit, posant au centre de l'architecture de l'Union une nouvelle subjectivité juridique, à savoir celle du citoyen européen. « Elle est caractérisée par la titularité des droits, dont elle jouit au dehors et/ou au-delà de la sphère étatique, dans une dimension spatiale et non territoriale. Il s'agit d'une dimension qui n'est plus liée uniquement à des qualifications professionnelles, de travail ou qui ont un relief dans le marché intérieur, mais qui se réfère directement à la « personne » elle-même dans son individualité. Comme on le lit dans le Préambule à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'Union, étant fondée sur les valeurs indivisibles et universelles de la dignité humaine, de la liberté, de l'égalité et de la solidarité, aussi bien que sur le principe de démocratie et sur le principe d'État de droit, met la personne au centre de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, sécurité et justice »²².

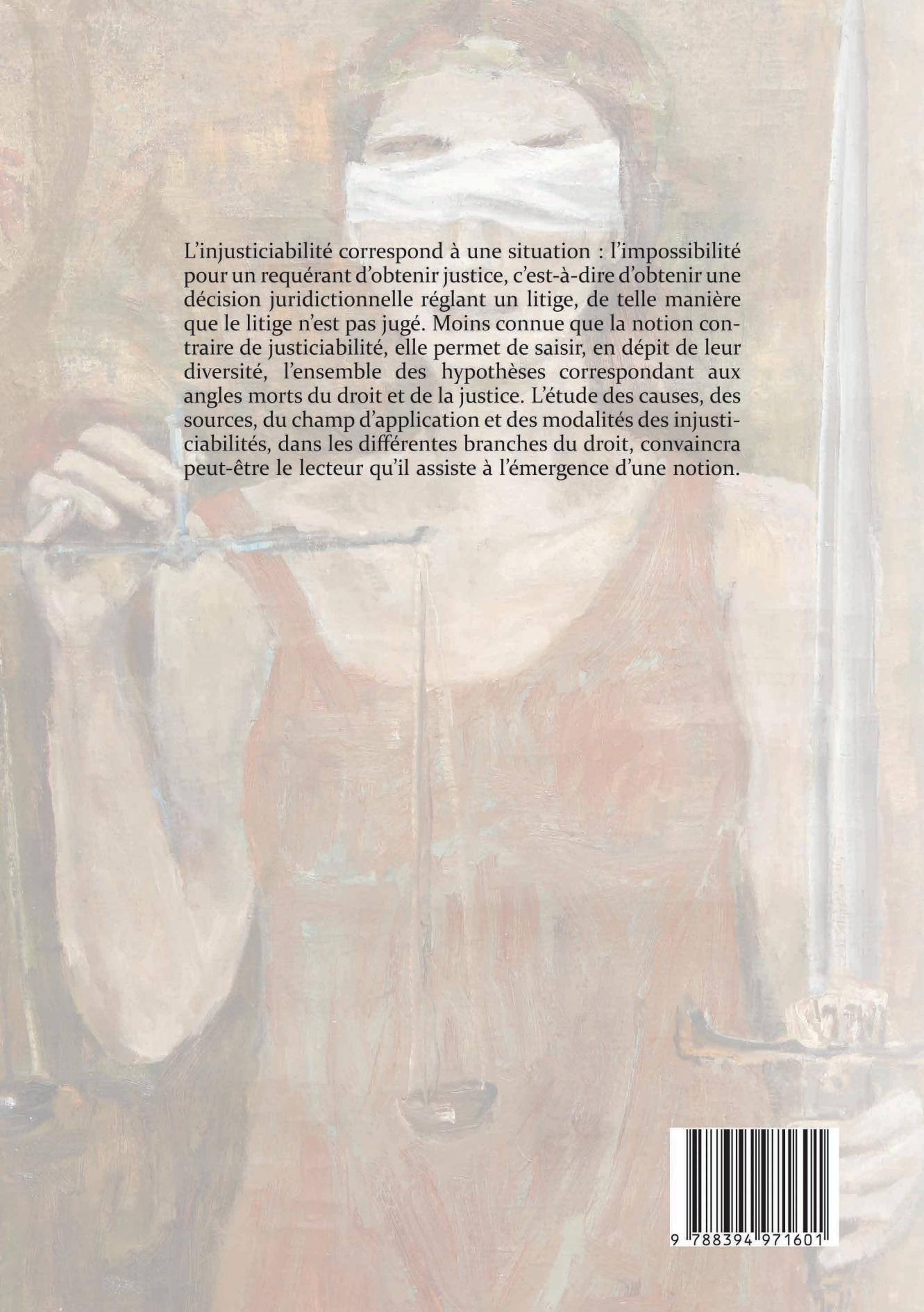
Sans pouvoir aller plus loin, on peut néanmoins remarquer que la perspective de la citoyenneté européenne constitue un nouveau paradigme avec lequel le juriste doit se confronter, pour essayer de franchir les frontières parfois trop étroites des catégories traditionnelles, et de donner un nouvel élan au processus d'intégration européenne. Dans cette perspective, il est indéniable que le renvoi préjudiciel constitue un instrument essentiel, qui a permis à la Cour de justice non seulement d'orienter les juridictions nationales en vue d'une harmonisation des droits internes, mais aussi de permettre aux citoyens européens de se prévaloir des droits reconnus par le droit de l'Union. A cet égard, il suffit de rappeler que, dès le grand arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour soutient que le mécanisme de renvoi préjudiciel « confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions » et que les sujets de l'édifice européen « sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants », titulaires « des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique », dont il gardent la « vigilance » (c'est

22 L. Moccia, « Droit communautaire et droit européen », *Rev. Intern. Dr. Comparé*, 2014, p. 773.

le mot utilisé), qui s'ajoute au contrôle confié à la Commission et aux États membres²³.

En tenant compte de ces remarques, le changement de perspective évoqué précédemment semble indispensable. Il conviendrait d'admettre, au niveau des droits internes, que le refus non motivé ou injuste de renvoi à la Cour de justice ne constitue pas une simple « violation du droit de l'Union », mais porte atteinte au droit, dont le citoyen européen est titulaire, que la Cour de Justice ne soit pas empêchée de se prononcer sur l'interprétation du droit de l'Union.

23 CJ, 5 février 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, Rec., 1963, p. 3.



L'injusticiabilité correspond à une situation : l'impossibilité pour un requérant d'obtenir justice, c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige, de telle manière que le litige n'est pas jugé. Moins connue que la notion contraire de justiciabilité, elle permet de saisir, en dépit de leur diversité, l'ensemble des hypothèses correspondant aux angles morts du droit et de la justice. L'étude des causes, des sources, du champ d'application et des modalités des injusticiabilités, dans les différentes branches du droit, convaincra peut-être le lecteur qu'il assiste à l'émergence d'une notion.



9 788394 971601